

## SOBRE LA UNIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL

*Carlos R. Fernández Liesa*

Profesor titular de Derecho internacional público  
Subdirector de estudios jurídicos internacionales  
del Instituto Francisco de Vitoria

La trayectoria profesional del profesor don Juan Manuel Castro-Rial cuenta con el destacable rasgo de haber compaginado la reflexión universitaria con la acción diplomática. Como ayudante suyo en 1990-1991, en la asignatura Organizaciones internacionales, aprendí de su Magisterio académico, de su quehacer diplomático y de sus valores humanos. Este estudio de sistematización e intento de clarificación de algunas cuestiones contemporáneas relativas a la unidad del Derecho internacional, es una muestra de agradecimiento a su amistad y su ejemplo.

Los negadores de la juridicidad del Derecho internacional parten de una comparación con el modelo ideal de los derechos estatales<sup>1</sup>. El carácter descentralizado, la reciprocidad y el relativismo del Derecho internacional han planteado si constituye un sistema o, en expresión de Combacau, un *bric-à-brac*.

Tradicionalmente se caracteriza a todo sistema normativo por los rasgos de unidad, coherencia y plenitud<sup>2</sup>. La unidad del Derecho internacional implica que entre el sistema general y los subsistemas y las reglas particulares debe existir un último fundamento de validez u otros elementos que doten de unidad al sistema. Un orden carecería de unidad si pudiese ser considerado como un conjunto de unidades individuales y desconectadas<sup>3</sup>.

1. Así, para Hart las principales fuentes de duda surgen de una «comparación adversa entre el Derecho internacional y el Derecho nacional, que es considerado como el ejemplo claro, típico, de lo que el Derecho es» (H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, 1961, 1963, p. 266).

2. Cf. sobre las características del ordenamiento jurídico su unidad, coherencia y plenitud, G. Peces-Barba, E. Fernández y R. de Asís, *Curso de teoría del Derecho*, Madrid, 1999, pp. 185-201; N. Bobbio, *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1991, p. 173.

3. C. W. Canaris, *El sistema en la jurisprudencia*, trad. de J. A. García Amado, Madrid, 1998, pp. 19 ss.

Desde esta perspectiva la consideración del Derecho internacional como sistema supone afirmar la existencia de un conjunto interconectado de normas<sup>4</sup>, de una unidad interna de sus elementos. La noción de sistema designa un «conjunto cuyos elementos no se agregan por azar sino que constituyen un orden, de tal manera que están vinculados unos con otros y al conjunto mismo por determinados lazos que no permitirían analizar uno de estos elementos sin analizar el conjunto»<sup>5</sup>.

En el Derecho internacional contemporáneo el problema de la unidad se ha puesto de relieve en el debate de la denominada fragmentación, alimentado por la heterogeneidad de la sociedad internacional; del mismo modo, la cuestión de la coherencia de las unidades básicas del Derecho internacional se plantea por la posibilidad de antinomias o el riesgo de ausencia de criterios para su solución, debate doctrinal que se puso de relieve por el fenómeno de la proliferación de tribunales<sup>6</sup>. Un atento análisis de las diferentes aristas del problema permite relativizarlo y reafirmar la unidad del Derecho internacional contemporáneo.

#### I. UNIDAD FORMAL Y MATERIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL

El análisis de la unidad se ha realizado tradicionalmente desde una aproximación formal que no ha tenido en cuenta la posible unidad material del ordenamiento internacional. Las aproximaciones formalistas de Kelsen y Hart tuvieron el mérito de impulsar la unidad del ordenamiento en el pensamiento jurídico, articulando las bases conceptuales necesarias para su comprensión estructural.

Kelsen<sup>7</sup> estimaba que el problema de la unidad de las normas del Derecho internacional es equivalente al de la constitución del orden jurídico o de la Comunidad internacional. Una pluralidad de normas constituye una «unidad, un sistema, un orden, si su validez puede ser reducida a una sola norma que forma su base

4. P. Reuter, «Principes de droit international public»: *RCADI* 103/II (1961), p. 458; M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, 1999, p. 55.

5. Cf. J. Combacau, «Le droit international: bric-à-brac ou système?»: *Archives de philosophie du Droit* 31, *Le système juridique* (1986), p. 86.

6. No vamos a entrar en la cuestión de la plenitud. Cf. P. Weil, «Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public»: *RCADI* VI (1992), pp. 204 ss.; J. D. González Campos, L. I. Sánchez Rodríguez y M. P. Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, 1998, p. 108; cf. asimismo la sentencia del TIJ en el *Asunto relativo a la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* (TIJ, Rec., 1996, p. 266) donde el Tribunal señaló que «habida cuenta de la situación actual del Derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícita o ilícita en circunstancias extremas de legítima defensa, en las que corriera peligro la supervivencia de un Estado».

7. H. Kelsen, *Teoría del Derecho internacional consuetudinario*, trad. y nota introductoria de N. de Piérola [publicado originariamente en *Revue internationale de la Théorie du Droit* 4 [1939]], Lima, 1996, p. 37.

última»<sup>8</sup>. De tal modo que es la *norma hipotética fundamental* la que organiza, en tanto que fuente última, la unidad en la pluralidad de todas las normas que componen un orden, sea de manera estática (moral) o dinámica (derecho). Si una norma pertenece a un cierto orden jurídico, es solo en razón de que su validez puede ser reducida a aquella norma fundamental que sustenta el orden jurídico. Hart concebía la unidad desde el presupuesto estructural del *concepto de derecho como la unión de reglas primarias y secundarias*. La unidad del sistema se da por la combinación de una estructura basada en normas primarias, normas secundarias con sus reglas de cambio y adjudicación y una norma de reconocimiento en su cúspide<sup>9</sup>. Las secundarias son *normas sobre normas*, es decir, se refieren a la determinación, introducción, eliminación, modificación y violación de las primarias<sup>10</sup>. La unidad del ordenamiento jurídico se apoya en la *regla de reconocimiento*, norma positiva y no mera hipótesis de trabajo (como ocurre en la teoría de Kelsen) que existe en cada ordenamiento jurídico.

Aplicando este razonamiento el profesor Casanovas mantiene que las normas secundarias internacionales de identificación/reconocimiento<sup>11</sup> serían la *costumbre y los principios generales del Derecho*, que permiten identificar las normas que pertenecen al sistema jurídico. Hay otro tipo de normas secundarias que establecen los procedimientos de producción normativa (norma sobre tratados, actos unilaterales y resoluciones de organizaciones internacionales) que sirven para crear nuevas normas y modificar las consuetudinarias.

Se trata de una visión de la unidad clarificadora y útil conceptualmente. La *unidad del orden internacional del tiempo presente también puede analizarse desde otras dimensiones*. En primer lugar, desde una perspectiva sociológica la unidad deriva de la existencia de una única Comunidad internacional en la que se desarrolla un orden jurídico (*ubi societas ibi ius*). Por ello algunos autores se aproximan a la cuestión de la unidad desde el proceso de universalización<sup>12</sup>; por lo demás, la uni-

8. *Ibid.*, p. 37.

9. Cf. H. A. L. Hart, *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, en especial, pp. 99 ss.

10. Las *primarias* atribuyen derechos e imponen obligaciones de hacer o no hacer a los sujetos, mientras que las *secundarias* incluyen las reglas de producción normativa, de interpretación y aplicación. Entre las secundarias la norma de reconocimiento (*rule of recognition*) supera el inconveniente de un orden que sólo estuviese compuesto de normas primarias, estableciendo los criterios de pertenencia de una norma a un ordenamiento (norma sobre fuentes y sobre los límites espaciales y temporales de las mismas); las normas sobre cambio, *rule of change*, en virtud de las cuales se modifican, suprimen o sustituyen las primarias permite superar el carácter estático de un ordenamiento que sólo tuviese normas primarias; y mediante las *rules of adjudication* se intenta superar el inconveniente de ineficacia al conceder facultades para determinar si, en un caso dado, se ha violado una norma del sistema. Cf. O. Casanovas y la Rosa, «Unidad y pluralismo en Derecho internacional público», en J. Cardona (dir.), *Cursos euromediterráneos Banca de Derecho internacional II*, Madrid, 1999, pp. 58-58 y 85).

11. La norma de reconocimiento, indica el profesor Casanovas, se contendría en el artículo 38.1.b del estatuto de la CPI, siendo las otras normas (consuetudinarias) primarias el objeto de aquella (O. Casanovas y la Rosa, «Unidad y pluralismo...», cit. pp. 85-86 y 262).

12. C. Tomuschat, «International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. General course on public international law»: *RCADI* 281 (1999-2001), pp. 29 ss.

versalidad y generalidad del Derecho internacional público implica que todos los miembros de la sociedad internacional están obligados al cumplimiento de unas *normas universales consuetudinarias*<sup>13</sup>.

Pero se plantea la cuestión de si la unidad puede abordarse también en términos materiales, lo que conduce al tema de la existencia de *normas primarias de alcance universal*. Autores como Wengler lo estiman innecesario, porque la unidad del sistema jurídico implicaría únicamente la existencia de *injoctions* y de *contraintes*<sup>14</sup>. Esta tesis ya no es defendible aunque sea concebible como modelo teórico.

La consideración de los aspectos formales (la Comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta la existencia de normas primarias y secundarias) y de los aspectos materiales de la unidad (la Comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta como obligatorio en Derecho un conjunto de principios y de valores que se consideran universales y superiores), plantea la existencia de *normas generales primarias de Derecho internacional con alcance y validez universal, y primaría sobre el resto de las normas del ordenamiento*.

La distinción entre la unidad formal y material debe hacerse en el Derecho internacional contemporáneo que contiene reglas sustancias generales, no formales, por lo que, como señala Dupuy, «es absolutamente esencial no mantener la visión clásica de que el DI encuentra su unidad sólo en las técnicas formales que utiliza»<sup>15</sup>. Esa unidad material se identifica en las normas de *ius cogens* y en las obligaciones *erga omnes*.

Por su contenido introducen una dimensión de moralidad en el Derecho internacional, reconocida por la Comunidad internacional. Desde

13. El TIJ, en el asunto de la *Plataforma continental del Mar del Norte* se refería a «general or customary law rules and obligations which, by their very nature, must have equal force for all members of the international community, and cannot therefore be the subject of any right of unilateral exclusion exercisable at will by any one of them in its own favour» (TIJ, Rec. 1969, p. 63).

14. La unidad se manifiesta a juicio de Wengler, en que la violación de un compromiso internacional particular, autoriza a suspender la ejecución de obligaciones impuestas por reglas de Derecho internacional general (W. Wengler, «La crise de l'unité de l'ordre juridique international», en *Mélanges offerts à C. Rousseau. La Communauté internationale*, Paris, 1974, pp. 329-340).

15. Cf. P. M. Dupuy, «The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of justice»: *International Law and Politics*, vol. 31, pp. 791-807, p. 794; el mismo autor había apuntado muy sucintamente esta diferencia en un trabajo anterior («Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international», en R. Ben Achour y S. Laghmani (dirs.), *Harmonie et contradictions en droit international*. Rencontres internationales de la Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Paris, 1996, pp. 17-54, p. 19; en el mismo sentido indicaba el profesor Mariño Menéndez que «la consolidación de la regla de prohibición del uso de la fuerza durante los siglos XIX y XX, junto con la positivización de reglas incluidas en los principios de respeto a los derechos humanos y autodeterminación de los pueblos ha hecho posible que hoy esté vigente un *orden jurídico internacional único* y que el sistema del Derecho puede pensarse asimismo como único» (F. M. Mariño Menéndez, «Sobre ciertos aspectos de la unidad del orden jurídico internacional»: *Anuario de estudios sociales y jurídicos* (Escuela social de Granada) VIII-IX (1979-1980), pp. 106-108, p. 110).

esa perspectiva la norma básica del Derecho internacional tiene un doble aspecto formal y material, y éste último comprende criterios de moralidad legalizada que son parámetros de validez de todo el conjunto normativo. A estos efectos es atinente la teoría de Peces-Barba<sup>16</sup> de que la *norma básica de identificación de normas* (normas de competencia, de criterios de validez, normas de producción de normas, que permiten una construcción sistemática del ordenamiento y son la referencia de su unidad), no tiene sólo un aspecto de la *norma básica, formal de validez —órganos y procedimientos— sino también material, que comprende los criterios morales de validez*. De tal modo que la validez del Derecho, la pertenencia de las normas al ordenamiento, se obtendrá constatando la *adecuación de cada norma a esos criterios formales y materiales*.

Si en los ordenamientos internos la norma básica material que incorpora esa dimensión de moralidad aparece en el núcleo esencial de las Constituciones (en forma de valores, principios de organización y de producción normativa, de interpretación y de derechos fundamentales), en el ordenamiento internacional aparece en su dimensión universal en las obligaciones *erga omnes* y, en su núcleo esencial, en las normas de *ius cogens*.

En el orden internacional puede aplicarse el *paradigma constitucional* si se admite un concepto material de constitución no escrita en un documento único, según el *modelo británico o anglosajón*. O también, como a nuestro juicio es preferible, desde la idea de Constitución que existía hasta el siglo XVIII<sup>17</sup>, que tenía un sentido más amplio, caracterizador de los *rasgos generales básicos de un sistema jurídico*, de su organización, de sus «leyes fundamentales» como identificación de unas normas superiores. Y ello porque es evidente que no existe una Constitución formal pero sí que existen fenómenos de jerarquización normativa no-

16. Esta tesis que se califica de positivismo ético, dúctil o corregido considera que los criterios de validez del Derecho deben ser establecidos por una norma de identificación de normas, que es la norma básica del sistema. Siendo la ética o moralidad pública relevante para identificar el Derecho; o dicho de otro modo, unos criterios de moralidad forman parte de la norma básica de identificación de normas. Como indica Peces-Barba se diferencia del iusnaturalismo, primera aproximación, porque no acepta como jurídica una moralidad que no se incorpore al Derecho con arreglo a esas condiciones establecidas en la norma de identificación, es decir, producidas como Derecho aunque como moralidad sean previas al mismo, por los órganos competentes y de acuerdo con el procedimiento de producción preestablecido. Se diferencia del positivismo clásico por esa relevancia que otorga a la moralidad que sitúa como componente necesario del Derecho. No es un adorno, sino que forma parte del contenido esencial de lo jurídico [...] La moralidad no es una creación del poder ni de su derecho, sino que es previa al mismo hasta que se convierte en moralidad legalizada a través de las dos únicas puertas que existen para entrar en el derecho, la legalidad y la jurisdicción. Cf. G. Peces-Barba Martínez, «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», en *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*, Madrid, 1999, p. 123; esta contribución apareció como un epílogo al libro de Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, 1995, pero ya no se puede encontrar en las reimpresiones al haber sido suprimida.

17. En este sentido, G. Peces-Barba y J. Dorado Porras, «Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII», en G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García y R. de Asís Roig, *Historia de los derechos fundamentales II/1, Siglo XVIII*, cit.

vedosos y dimensiones constitucionales que permiten, a efectos simbólicos, concebir la existencia de una Constitución material de la Comunidad internacional<sup>18</sup>.

La Comunidad internacional reconoce ciertos *valores fundamentales universales de convivencia*, que están positivizados en los principios fundamentales y desarrollados en normas del ordenamiento. Desde esta perspectiva el orden internacional tiene una unidad material y, en terminología hartiana, contiene *reglas primarias de alcance universal*, lo que implica que la Comunidad internacional de Estados en su conjunto ha reconocido como obligatorios universalmente un *núcleo duro de principios y de reglas del Derecho internacional*, un *orden público internacional*, reducidos en número y que tienen una naturaleza consuetudinaria, constituyendo parámetros de validez y de inspiración de las normas generales y particulares de Derecho internacional.

En esta Constitución material se incluirían los *principios esenciales de la coexistencia y la cooperación entre los Estados* (contenidos en la Res. 2625 (XXV) de la AGONU sobre los principios de Derecho internacional sobre las relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados). De ahí que autores como Díez de Velasco<sup>19</sup> los denominen principios constitucionales o estructurales, cuya naturaleza depende de su contenido material y no de su fuente formal, y de la práctica internacional sobre los mismos. Formarían también parte de esa Constitución las *normas secundarias básicas y generales del Derecho internacional general*, relativas a la creación, cambio y aplicación; también las normas que determinan el «círculo de las *entidades* cuyos intereses y cuyas conductas son considerados jurídicamente relevantes en el ordenamiento internacional y son así sujetos de éste, como la que establece el principio de la plena subjetividad de todo Estado soberano»<sup>20</sup>. Las nociones de *Comunidad internacional y de Humanidad* también contribuyen a resaltar la dimensión constitucional del orden internacional, al corporeizar

18. Para Miaja de la Muela las normas constitucionales en el orden internacional son las integrantes del *ius cogens*. Una norma constitucional del Derecho internacional, indica este autor, es siempre aquella cuya validez no deriva de otra norma superior perteneciente al mismo ordenamiento: su calificación como tal corresponde al tipo de constitución en sentido material, no en sentido formal, en el que solamente existe constituciones de cada una de las organizaciones internacionales, pero no de la Comunidad o sociedad internacional general [...] la constitucionalidad de una norma dentro del ordenamiento a que pertenece, requiere su plena imperatividad, con la consecuencia del carácter ilícito, tanto de las reglas como de los actos subordinados que se encuentren en oposición con ella [...] tan sólo puede atribuirse valor de *ius cogens* a las reglas constitucionales de la sociedad internacional [...]» (A. Miaja de la Muela, «*Ius cogens* y *ius dispositivum* en Derecho internacional público», en *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legal y Lacambra*, Zaragoza, 1960, pp. 1121, 1129).

19. Cf. M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, 1999, p. 101.

20. F. M. Mariño Menéndez, «Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el Derecho internacional», en *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional III*, Madrid, 2000, pp. 323-324.

los intereses comunes, las aspiraciones e intereses, reglas y haber producido una cierta institucionalización de los mismos.

## II. UNIDAD Y FLEXIBILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL

La descentralización jurídica y la heterogeneidad social provocan un elevado *particularismo* de las normas primarias y secundarias. Como indica Capotorti, la vida jurídico internacional parece «fraccionada en secciones cada una de las cuales corresponde a un círculo más o menos estrecho de sujetos y las relaciones intersubjetivas están reguladas por normas de contenido diferente»<sup>21</sup>.

El orden internacional se compone de un único *sistema de normas generales* (entre las que está el núcleo duro de normas que cabría calificar de *constitucionales*) consuetudinarias (es el *Derecho internacional general*) y de una *pluralidad de sistemas jurídicos particulares*<sup>22</sup>, resultado de la *heterogeneidad de la sociedad internacional* (por los factores de carácter geográfico, político, cultural, económico, ideológico etc.). Los particularismos no debilitan la unidad del ordenamiento pero configuran una *geometría variable* que refleja una imagen de flexibilidad del Derecho internacional, muestra de la importancia del *ius dispositivum*<sup>23</sup>.

La flexibilidad es consustancial a los procedimientos nomogenéticos internacionales, en particular a los tratados multilaterales, a las normas consuetudinarias y a las características específicas del ordenamiento internacional<sup>24</sup>. Además, como ha señalado Martín Rodríguez, la flexibilidad normativa está emergiendo como un «nuevo parámetro de observación y ponderación del fenómeno jurídico internacional»<sup>25</sup>. En todo caso la proliferación de particularismos no afecta a la unidad si la auto-

21. F. Capotorti, «Cours général de droit international public»: *RCADI*, pp. 27 ss.

22. G. Tunkin, «Is general international law customary law only?»: *EJIL* 4 (1993), pp. 534-541; M. Pérez González, «En torno a la tensión entre lo general y lo particular en Derecho de gentes», en *Homenaje a A. Otero*, Santiago de Compostela, 1981, pp. 665-685. Sobre las interacciones entre Derecho internacional general y Derecho internacional particular, J. D. González Campos, L. I. Sánchez Rodríguez y M. P. Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de derecho internacional público*, cit., pp. 94 y 97-98; A. Remiro Brotons, *Derecho internacional público 1. Principios fundamentales*, Madrid, 1982, p. 72.

23. A. Miaja de la Muela, «*Ius cogens* y *ius dispositivum*...», cit., pp. 1133, 1136.

24. K. Zemanek, «The legal foundation of the international system. General course on public international law»: *RCADI* 266 (1997), p. 63.

25. En su tesis doctoral, Martín Rodríguez analiza la mayor importancia de la flexibilidad no sólo en la génesis de las normas sino también en su aplicación, a través de la proliferación de *mecanismos de flexibilización*, fundamentalmente convencionales, que a su juicio permiten concebir la flexibilidad como categoría autónoma, que traduce una respuesta jurídicamente diferenciada a la adaptación del Derecho a la heterogeneidad y dinamismo de la realidad social regulada (P. J. Martín Rodríguez, *Flexibilidad y tratados internacionales*, dirigida por el prof. D. J. Liñán Noguera, y presentada en la Universidad de Granada en octubre de 2000, 537 pp., en especial conclusiones).

nomía de ordenamientos particulares y propios no excluye la primacía del orden público internacional. En este sentido indica Valticos<sup>26</sup>:

[...] los lazos entre el orden jurídico internacional general y los órdenes jurídicos internacionales particulares pueden variar sensiblemente, pero no podría haber casos, por específicos que sean, que puedan ser completamente autónomos en este ámbito [...] Entre el largo tronco y las diversas ramas, robustas o débiles, del Derecho internacional, los vínculos permanecen más o menos estrechos y la savia circula con más o menos fluidez, del tronco a las ramas y vuelve, enriquecida, para alimentar a su vez al tronco [...] la unidad en la diversidad caracteriza al Derecho internacional.

i) Dentro de estos particularismos aparece con vocación de generalidad el *Derecho propio de las Naciones Unidas y de sus distintos organismos especializados*, que no son lo mismo que el *Derecho internacional general*. Las Naciones Unidas tienen un papel específico en el desarrollo del ordenamiento internacional, no sólo por su labor en la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional sino por la interacción existente entre las resoluciones de la Asamblea General y el procedimiento consuetudinario. La resolución 1373 (2001), del Consejo de Seguridad, de 28 de septiembre, puso de relieve la controvertida cuestión del papel de dicho órgano político en el desarrollo del Derecho internacional, en la medida en que impone obligaciones a todos los Estados en materia de lucha contra la financiación de actos terroristas que no habían sido consentidas convencionalmente en virtud de la Convención internacional para la supresión de la financiación del terrorismo, de 9 de diciembre de 1999.

El orden de *Naciones Unidas y de sus organismos especializados* es autónomo pero está vinculado por los principios y normas de Derecho internacional general, que prevalece en caso de contradicción, del mismo modo que priman las reglas de la Carta sobre otros convenios particulares (art. 103).

ii) La mayoría de los particularismos configuran círculos más restringidos de sujetos de Derecho internacional que son titulares de derechos, potestades y obligaciones que pueden ser multilaterales con vocación de universalidad, multilaterales restringidas (normalmente regionales), bilaterales y unilaterales. No se ve afectada la unidad del ordenamiento internacional porque haya normas del Derecho internacional que prevean situaciones específicas para ciertas *categorías de Estados* que normalmente derivan de situaciones políticas, económicas y geográficas (derecho situacional) o porque la relación entre Derecho y Poder, en una sociedad

26. Cf. N. Valticos, «Pluralité des ordres juridiques internationaux et unité du droit international», en VV. AA., *Theory of international law at the threshold of the 21 century. Essays Skubiszewski*, Den Haag, 1996, pp. 302-303.



internacional desigual, permitiese la creación del estatuto de miembro permanente del Consejo de Seguridad, o que se aceptasen situaciones de hecho sobre cuyas bases se construyeron regímenes jurídicos: esto lo único que muestra es cómo el Poder moldea el ordenamiento.

Por lo demás, los intentos de separatismo jurídico que generó la revolución soviética y el proceso de descolonización acabaron acomodándose al Derecho internacional general. El *Derecho internacional soviético*<sup>27</sup> no llegó a afectar a la unidad del ordenamiento sino que, incluso, la reforzó con el impulso a los *principios de la coexistencia pacífica* consagrados como Derecho internacional general aplicable a los diversos sistemas políticos, económicos, sociales y culturales. Ironías de la historia, el conflicto Este-Oeste contribuyó a consolidar los principios generales básicos del Derecho internacional<sup>28</sup>, reflejados en la Resolución 2625 (Res. AGONU, 2625, XXV, de 25 de octubre de 1970), en el Acta Final de Helsinki, de 1975 o, más recientemente, en la Declaración de Budapest, de 1994.

El proceso de *descolonización* indujo a los nuevos Estados a intentar la elaboración revolucionaria de un orden internacional más equitativo y justo, lo que provocó un «desvío axiológico de la filosofía original de las Naciones Unidas»<sup>29</sup>. Si bien se produjeron algunas transformaciones normativas los nuevos Estados *acabaron aceptando las premisas principales* del ordenamiento, sus principios, derechos y obligaciones.

iii) Durante el siglo XIX se impugnó el Derecho internacional clásico en su expansión a los nuevos Estados independientes de América latina, formándose normas dotadas de una cierta autonomía y de una validez es-

27. Bajo esta denominación se intentó proyectar al ámbito jurídico internacional las ideas marxistas y leninistas sobre las relaciones internacionales o sobre el papel de las Organizaciones internacionales. Cf. R. S. J. Macdonald, «Soviet international law and policy in the early years: is anything left?», en Wellens (ed.), *International law. Theory and practice. Essays in honour of E. Suy*, Martinus Nijhoff, 1998, p. 81.

28. Estos principios habían tenido una primera expresión en los principios leninistas y estalinistas sobre las relaciones internacionales, y en la posibilidad de victoria del socialismo en un solo país (la URSS y, posteriormente, las llamadas democracias populares). Los países del tercer mundo los aceptaron mediante la formulación de los denominados cinco principios de *pancha shila* (respeto mutuo de la integridad territorial y de la soberanía; no agresión; no intervención en los asuntos internos de otros Estados; igualdad; coexistencia pacífica), impulsados por China e India, principalmente. La campaña de desestalinización de Krouchev condujo a la URSS y a su doctrina (Tunkin, principalmente) a adoptar una visión más pragmática del orden internacional basada en esos principios de la coexistencia pacífica.

Con la *perestroika* y el nuevo *political thinking* soviético cambió el significado de la coexistencia pacífica. El final de la confrontación significó, como ha señalado MacDonald «to repudiate the doctrine of peaceful co-existence as a specific form of class struggle, on which those acts were based, and to abandon that part of the concept of the principles of socialist internationalism which purported to confer on the Soviet Union the right to defend the gains of socialism beyond Soviet territory». MacDonald, R.S. J., «The idea of peaceful co-existence: Then and now» (*Liber Amicorum M. Bedjaoui*, Kluwer Law international, 1999, p. 205).

29. G. Cohen Jonathan, «L'Etat face à la prolifération des Organisations internationales», en *Les organisations internationales contemporaines. Crise, mutation, développement*, Coloquio de Estrasburgo, SFDI, Paris, 1988, p. 186.

pacial regional dando lugar al denominado *derecho internacional americano*<sup>30</sup>. La proliferación de las *Organizaciones internacionales* durante el siglo XX favoreció los particularismos, fundamentalmente por la expansión del regionalismo económico (y también en el ámbito político, militar, de cooperación técnica etc.) y la creación de *sistemas jurídicos particulares de Organizaciones internacionales*, primero en Europa, luego en América y, finalmente, en África. Algunos teóricos del regionalismo propugnaron el *federalismo internacional* como la doble configuración de un Derecho internacional universal aplicable a todos los pueblos junto a un *derecho internacional americano, europeo, asiático y africano*<sup>31</sup>.

Aunque la sociedad internacional no se ha organizado de ese modo han proliferado las *Organizaciones internacionales*, universales y regionales, de cooperación y de integración, con competencias generales o sectoriales. Estos nuevos sujetos de Derecho internacional pueden tener elevados niveles de autonomía, como en la Unión Europea, lo que lleva a plantear si sus especificidades pueden afectar a la unidad del ordenamiento internacional.

iv) El 5 de febrero de 1963 el TJCE afirmó en la sentencia *Van Gend en Loos* que el derecho comunitario constituye un *nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional*. Poco tiempo después, en la sentencia *Costa c. ENEL*, de 15 de julio de 1964, ya no se refería al Derecho internacional, sino a un *ordenamiento jurídico propio*.

Estas interpretaciones dieron pie a considerar que el derecho comunitario se había independizado plenamente del fenómeno internacional. En nuestra opinión el orden comunitario, como dijera ya Reuter en los años sesenta constituye un *Derecho internacional particular*<sup>32</sup>.

Es cierto que se ha transformado radicalmente el concepto de soberanía de los Estados miembros por gracia del nuevo ordenamiento *sui generis*<sup>33</sup>, diferente del Derecho internacional tal y como se había cono-

30. En especial la *regla del uti possidetis* —recientemente universalizada—, ciertas especificidades en materia de asilo (el denominado *asilo diplomático*, ya en el siglo XX) y, como reacción frente a las prácticas económicas imperialistas de Europa occidental y de América del norte, la *cláusula Calvo* y la *doctrina Drago*. Cf. en este sentido E. McWhinney, *Les Nations Unies et la formation du droit*, Paris, 1986, pp. 16-17; A. Remiro Brotons y otros, *Derecho internacional público*, Madrid, 1997, pp. 19-20.

31. En este sentido Yepes, que parte en su trabajo del axioma de que junto al «Derecho internacional universal y necesario común a todos los pueblos civilizados» había «derechos particulares aplicables exclusivamente a ciertas regiones del mundo», resultado del Derecho internacional convencional y consuetudinario. Indicaba que la pretendida universalidad de todo el Derecho internacional no es sino una idea concebida *a priori* que no es acorde a la realidad» (J. M. Yepes, «Les accords régionaux et le droit international»: *RCADI* II/71 [1947], pp. 235, 237, 238 y 242).

32. Sobre este planteamiento a la luz de las relaciones entre Derecho internacional y derecho comunitario en la primera jurisprudencia del TJCE, cf. P. Reuter, «La Cour de Justice des Communautés Européennes et le droit international», en *Récueil d'Etudes de Droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, pp. 665-686.

33. Cf., en general, A. Mangas Martín y D. J. Liñán Noguera, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1999; sobre la autonomía, cf. las reflexiones del Coloquio de Bur-

cido hasta ese momento y de los derechos estatales. La especificidad del orden comunitario lo alejó del prisma de análisis clásico de relación entre el *Derecho internacional regional* y el *Derecho internacional universal*<sup>34</sup> o de relaciones entre el *Derecho internacional* y los *derechos internos*. A ello contribuyó la originalidad del sistema de fuentes, del sistema institucional, de los principios de relación con los ordenamientos nacionales, la importante extensión de los ámbitos competenciales, el papel del individuo y las teorías federalizantes<sup>35</sup>.

A pesar de los particularismos y de los avances en relación a otros modelos, la construcción europea sigue constituyendo un fenómeno jurídico-político que puede y debe seguir siendo analizado desde parámetros del orden jurídico internacional. Si bien la intensidad de la integración, cualitativa y cuantitativamente, es extraña al modelo de las Organizaciones internacionales, como señala Roldán Barbero «resulta todavía mucho más adecuado estudiar el Derecho de la Unión Europea con arreglo a postulados internacionalistas que federalistas»<sup>36</sup>.

El orden comunitario es superior (principio de *primacía*) al de los Estados en aquellos ámbitos en que éstos aceptan voluntariamente esa superioridad, mediante un acto que no conlleva la renuncia a su soberanía<sup>37</sup>. Pero el *derecho comunitario no es un orden soberano*. Y el *sistema normativo comunitario tampoco es equiparable al de los Estados*. Dubois<sup>38</sup> estima que la diferencia entre el derecho comunitario y el de otras Organizaciones internacionales es de *grado*, y descansa en la acumulación en beneficio del ordenamiento comunitario de ciertas técnicas más avanzadas. Además, la calificación del Derecho comunitario como *orden jurídico propio* buscó remarcar el *particularismo*<sup>39</sup> de los Tratados constitutivos en el interior de las normas convencionales de Derecho internacional y el nuevo orden de las relaciones jurídicas. Se realizó por la preocupación que tenía el Tribunal por afirmar su autonomía frente a los ordenamientos nacionales, y no tanto en relación con el Derecho internacional.

deos, de la SFDI, sobre *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles* (Paris, 2000), en particular las de Gautron y Grard (pp. 11-153), así como la de Simon (pp. 205-251).

34. Y. Daudet, «Le droit international tire-t-il profit du droit communautaire?», en *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulois*, p. 99.

35. Así, la autonomía de los órganos comunitarios, la existencia de un cierto equilibrio entre los órganos intergubernamentales y supranacionales, el papel del Consejo y la Comisión y la diversidad de procedimientos decisorios hacen llevar a Stephanou a concluir de tal modo (*Réformes et mutations de l'Union Européenne*, Préface de R. Toulemon, Paris, 1997, p. 39).

36. J. Roldán Barbero, *La democracia en España y la Unión Europea*, Lección de apertura del curso académico 2000-2001, Universidad de Almería, 2000, p. 8.

37. V. Constantinesco, «La Cour de Justice des Communautés européennes et le droit international», en *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, 1984, pp. 213 y 215.

38. L. Dubois, «Les rapports du droit régional et du droit universel», en *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Colloque de Bordeaux, Paris, 1977, p. 263.

39. V. Constantinesco, «La Cour de Justice des Communautés Européennes...», cit., pp. 210 y 212.

Aunque hay ciertas dimensiones constitucionales en el proceso de integración, también hay determinados límites constitucionales como la caracterización de las competencias de atribución, la ausencia de competencia de la competencia y de independencia soberana, así como en el hecho de que el poder constituyente resida en los Estados<sup>40</sup>, o que la Comunidad europea sea un sujeto de Derecho internacional vinculado por las reglas generales de ese ordenamiento. Un toque de atención a la especificidad del ordenamiento, con independencia de las razonables críticas suscitadas, lo han dado algunos Tribunales constitucionales como el irlandés<sup>41</sup>, el danés<sup>42</sup> o el alemán<sup>43</sup>.

40. A. Dashwood, «The limits of European Community powers»: *European Law review* (1996), pp. 113-128.

41. Cabe recordar el caso Grotty, sentencia del Tribunal Supremo irlandés, de 9 de abril de 1987, que se basó en la falta de referéndum en Irlanda previo a la ratificación del Acta Única Europea. El Tribunal consideró que el título III del AUE (relativo a la cooperación política europea), contradecía la Constitución sin una previa enmienda constitucional. Cf. F. Murhy y A. Cras, «L'Affaire Grotty: La Cour suprême d'Irlande rejette l'Acte Unique Européen»: *Cahiers de Droit européen* 24 (1988), pp. 276 ss; J. McCutcheon, «The Irish Supreme court, european political cooperation and the single european act»: *Legal issues of European integration* 2 (1988), pp. 93 ss.; C. Fernández Liesa, «Situaciones de neutralidad y adhesión de nuevos Estados a la Comunidad/Unión Europea»: *Anuario jurídico y económico escorialense* XXIV (1992), pp. 87-88.

42. La sentencia del Tribunal supremo de Dinamarca de 6 de abril de 1998 (en RDCE 4 [1998], pp. 578-586). Se planteó una cuestión de inconstitucionalidad sobre la ratificación del Tratado de Ámsterdam y el artículo 20 de la constitución danesa. A juicio de los demandantes la función de creador del Derecho del Tribunal de Justicia de la Comunidad, que lleva a una continua ampliación del ámbito de aplicación del Tratado sería inconstitucional. Para el Tribunal supremo danés el artículo 20 no permite otorgar poderes a una Organización internacional para adoptar actos jurídicos o decisiones contrarias a aquella (F. 9.2) y los Tribunales daneses no podrían dejar de aplicar en su Estado actos reconocidos como válidos por el TJCE (F.9.6). El artículo 20 implica que son los tribunales daneses los que pueden juzgar por sí mismos si los actos de la Comunidad van más allá de los poderes conferidos a la propia comunidad: «Los tribunales daneses tendrán que considerar inaplicable en Dinamarca un acto jurídico comunitario en caso de que surgiera la situación extraordinaria en que pudiera afirmarse con la certeza debida que un acto jurídico comunitario reposa en una aplicación del Tratado que sobrepasa la cesión de soberanía realizada por la ley de adhesión. Esto es igualmente aplicable a las reglas y principios de derecho que dimanen de la jurisprudencia del Tribunal» (F.9.6) Cf. P. Dyrberg, «La Constitución danesa y la Unión Europea II (Comentario a la sentencia el Tribunal supremo danés, de 6 de abril de 1998»: *RDCE* 4 (1998), pp. 578 ss.

43. Así, la *Sentencia del Tribunal constitucional alemán de 12 de octubre de 1993* (en RIE 3/20 [1993], pp. 975-1030), como consecuencia de una demanda por violación del artículo 38 de la Ley fundamental, que garantiza al ciudadano el derecho a participar en el ejercicio de la soberanía estatal. Para el TC alemán el Tratado de la Unión Europea de 1992 «refuerza el principio de atribución limitada de competencias que ya tenía validez antes en las Comunidades Europeas» (FCII, 2 a) «si cualesquiera órganos europeos interpretasen y aplicasen el artículo F.3 del TUE en sentido contrario al de ese contenido del Tratado que hallara cabida en la ley alemana de ratificación, tal actuación no estaría amparada por esta ley, resultando, pues, no vinculante jurídicamente en el interior del Estado miembro alemán. Los órganos del Estado alemán habrían de negarse a acatar los posibles actos jurídicos que se basasen en tal aplicación del artículo F.3 TUE» (F.C.II, 2, b). Cf., al respecto, J. A. Carrillo Salcedo, «La noción de supranacionalidad en la STS alemán de 12 de octubre de 1993», en *Cuestiones actuales de derecho comunitario europeo* II, Córdoba, 1993, pp. 65-76; V. Everling, «The Maastricht judgement of the german federal constitutional court and its significance for the development of the European Union»: *YEL* (1994), pp. 1-19; M. Herdegen, «Maastricht and the german constitutional court: constitutio-

Por lo demás los Estados miembros de la Unión siguen siendo el sujeto constituyente. La Comunidad es una Organización internacional, y en cuanto sujeto de Derecho internacional está vinculada por las obligaciones internacionales que imponen las reglas generales del Derecho internacional. El derecho particular comunitario puede derogar el derecho internacional general *ius dispositivum*, pero no puede invalidar objetivamente las normas que presupone ni hacerlas inaplicables a una situación legal; no se podría predicar que los Estados miembros no pueden prevalerse de los poderes legales de que disponen en el orden jurídico internacional, ni impedirles que se prevalezcan de su cualidad de miembros originario de dicho orden. Sobre estas bases afirma Matringe:

Affirmer l'exclusivité absolue de l'applicabilité des mécanismes institutionnels revient à priver celui-ci (al Estado) de pouvoir de vouloir être régi par le droit international général, attribut fondamental de sa qualité de sujet originaire de ce droit. Si l'Etat abandonnait ce pouvoir souverain de se défaire ses engagements internationaux, même au prix de l'engagement de sa responsabilité internationale, on en pourrait plus parler d'Etat et d'organisation. La relation légale entre l'Etat et l'organisation en serait plus une relation de droit international. Il s'agirait d'une autre forme d'organisation légale, la forme étatique<sup>44</sup>.

No se ha alcanzado en la Unión la forma estatal y, por lo demás, la creciente heterogeneidad de intereses derivados de la dialéctica *approfondissement-élargissement* está contribuyendo a confirmar la importancia de las cooperaciones reforzadas y de las técnicas flexibilizadoras del orden internacional en el seno de la Unión Europea. La heterogeneidad de intereses condujo a la formalización en el Tratado de Ámsterdam de cooperaciones reforzadas<sup>45</sup>, como mecanismo que pretende reconciliar

nal restraint for an ever closer union»: CMLR 31/2 (1994), pp. 235-262; T. Stein, «La sentencia del TC alemán sobre el Tratado de Maastricht»: RJE 3/1 (1994), pp. 745-767.

44. J. Matringe, *La contestation des actes unilatéraux des Organisations internationales par les Etats membres. Etude sur la centralisation de l'ordre juridique international*, tesis París II (director C. Leben), leída el 10 de enero de 2000, pp. 139 ss.

45. Cf. sobre la cooperación reforzada véase J. Areilza Carvajal y A. Dastis Quecedo, «Cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam: ¿misión cumplida?»: GJCE D-29 (1998), pp. 134 ss.; V. Constantinesco, «Les clauses de coopération renforcée. Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité»: RTDE 4 (1997), pp. 752 ss.; J. Llanes, «La cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam ¿La nueva panacea de Europa?»: *Cuadernos Europeos de Deusto* 22 (2000), pp. 111-155; M. Bribosia, «De la subsidiarité à la coopération renforcée», en *Le traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruxelles, 1999; F. M. Mariño Menéndez, «La integración diferenciada. La cooperación reforzada», en Oreja Aguirre (dir.) y F. Fonseca Morillo (coord.), *El Tratado de Ámsterdam. Análisis y comentarios*, Madrid, 1998, pp. 603-629; A. Mangas Martín, «La cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam»: *Comunidad Europea Aranzadi* (octubre de 1998), p. 29; G. Gaja, «How flexible is flexibility under the Amsterdam treaty»: CMLR 35 (1998), pp. 855 ss.; C. Gutiérrez Espada, «El tratado de Ámsterdam (1997) ¿Avance o estancamiento?»: *Noticias de la Unión Europea* 173 (1999), pp. 9-31; A. Stubb, «The Amsterdam Treaty and flexible integration: a preliminary assesment»: *IPSA*, Bruselas (julio de 1997); F. Tuytschaever, *Differentiation in European Union law*, Oxford, 1999, pp.

heterogeneidad de voluntades, capacidades, intereses y prioridades de los Estados miembros respecto de la profundización de la Unión mediante la asunción por ellos de derechos y obligaciones divergentes, situándoles en distintos niveles de integración. Cumplidos los requisitos establecidos convencionalmente (arts. 43 ss. TUE, título VII y art. 11.1 TCE), un grupo de Estados miembros de la Unión puede avanzar en la integración europea. Esto no puede sino desarrollar las situaciones jurídicas particulares de los Estados miembros en la Comunidad Europea, que empezaron a proliferar en los años noventa, y se previeron en el Tratado de Ámsterdam, ligeramente retocado en la revisión de Niza.

### III. UNIDAD Y AUTONOMÍA DE LOS SUBSISTEMAS NORMATIVOS

Los denominados subsistemas normativos, regímenes internacionales materiales, especiales, sectoriales, particulares, autosuficientes, autocontenidos o como se les quiera denominar se caracterizan porque tienen *normas primarias y secundarias propias*, distintas del Derecho internacional general. La formación de ramas más o menos autónomas del Derecho internacional, con un desarrollo propio, pero no independiente del Derecho internacional general o de otros órdenes particulares, es una muestra de la vis expansiva del ordenamiento.

Un subsistema normativo es autónomo si tiene *normas secundarias de producción normativa, relativas a las consecuencias de su violación y mecanismos propios de control y de solución de controversias*<sup>46</sup>. Es decir, reglas distintas al Derecho internacional general en la determinación de los hechos ilícitos, su atribución al Estado, la determinación de las causas excluyentes de la ilicitud, del contenido de la responsabilidad internacional (las nuevas relaciones jurídicas que nacen por la comisión de un hecho ilícito internacional), el procedimiento para invocar la responsabilidad internacional o las condiciones y límites en la adopción de contramedidas<sup>47</sup>.

Se ha señalado que la sectorialización del ordenamiento significa que el «Derecho internacional, considerado como sistema universal, se ha fragmentado en diversos *sectores especializados*, que tienen la pretensión de regular en concreto relaciones jurídicas particulares y selecti-

33-48; J. Martín y Pérez de Nanclares, «La flexibilidad en el Tratado de Ámsterdam: especial referencia a la noción de cooperación reforzada»: *RDCE* 3 (1998), pp. 220 ss; L. Crivat, «L'Union après le Traité d'Amsterdam. Des Etats- Unis d'Europe à l'Europe à la Charte»: *L'Europe en formation* 308 (1998), p. 43.

46. Que son los criterios que para identificar la autonomía de cualquier subsistema indica el profesor O. Casanovas y la Rosa, «Unidad y pluralismo en Derecho internacional público», en J. Cardona (dir.), *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional* II, Madrid, 1999, p. 102.

47. Sobre el ámbito de las reglas secundarias en el régimen general de responsabilidad internacional del Estado, véase el *Informe de la CDI a la AGONU, del año 2001*, pár. 77, p. 60.

vas dentro del orden global»<sup>48</sup>. Esta posible fragmentación, calificada de feudalismo normativo (Dupuy) plantea la cuestión de la coherencia y la homogeneidad entre sistema y subsistemas, así como sobre los vínculos de su unidad.

El tránsito de un derecho relacional a uno institucional y a un *derecho material* se produjo fundamentalmente mediante *convenios universales* (y regionales), algunos de los cuales permitieron la creación de los denominados subsistemas dentro del Derecho internacional general. Se han señalado como ejemplos de subsistemas el derecho de los tratados, el derecho del mar, el Derecho internacional humanitario, el Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho penal internacional, el régimen del comercio internacional, el régimen de relaciones diplomáticas o el Derecho internacional del medio ambiente. Regulan materias con un amplio grado de autonomía en cuanto a los principios fundamentales que contienen, los cauces de producción normativa y sus propios medios de aplicación.

Esta ramificación en galaxias del universo jurídico internacional ha planteado algunos riesgos para la unidad del sistema jurídico internacional. El debate se origina por diversas causas como la descentralización —que no favorece la homogeneidad normativa—, y la sectorialización material (en ámbitos como el derecho del mar, los derechos humanos, el derecho del medio ambiente o el derecho al desarrollo) que produce una cierta autonomía temática; se ve enriquecido por la heterogeneidad socio-cultural, y los fundamentalismos, el incremento de la regionalización, la explosión *rationae materiae*, la proliferación de normativas paralelas —universales y regionales—, la competencia entre regímenes jurídicos distintos elaborados en distintos órganos de negociación, etc.<sup>49</sup>.

Esta fragmentación plantea la cuestión del alcance de la autonomía de los subsistemas, de su dependencia/independencia del Derecho internacional general. En nuestra opinión todos los subsistemas pueden tener autonomía respecto del sistema general de Derecho internacional, pero carecen de total independencia en relación con las reglas generales, formales y materiales, a los que está obligado. De otro modo, el Derecho internacional sería una suma de subsistemas carente de unidad material y formal: no sería un sistema unitario de naturaleza jurídica. A esto puede apuntar el diagnóstico alarmista de Hafner cuando señala:

48. Cf. L. I. Sánchez Rodríguez, «Sobre el Derecho internacional, de los derechos humanos y comunitario europeo (A propósito del Asunto Matthews c. Reino Unido)»: *RDCE* 3/5 (1999), p. 97.

49. P. M. Dupuy, «Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international», en R. Ben Achour y S. Laghmani (dirs.), *Harmonie et contradictions en Droit international*, cit., pp. 19-20; del mismo autor «The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the international Court of Justice»: *Journal of international law and politics* 31 (1999), p. 791; M. Reisman, «International law after the cold war»: *JIL* 84 (1990), pp. 859-866; J. Brownlie, «Problems concerning the unity of international law», en *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago* I, 1987, pp. 157-158.

[...] el Derecho internacional actual no consiste en un solo ordenamiento jurídico homogéneo sino que está integrado en su mayor parte por diferentes sistemas parciales, cuyo producto final es un *sistema desorganizado*. El sistema de Derecho internacional está constituido por partes y elementos dispares que tienen estructuras diferentes, de manera que difícilmente puede hablarse de la naturaleza homogénea del Derecho internacional [...] Esa naturaleza del DI resultante de subsistemas jurídicos separados y dispares [...] se expone al riesgo de originar fricciones y contradicciones entre las distintas normativas jurídicas y crea el peligro de que los Estados deban dar cumplimiento a obligaciones mutuamente excluyentes. Como es imposible que cumplan todas esas obligaciones, inevitablemente incurren en la responsabilidad de los Estados<sup>50</sup>.

El Derecho internacional *no se puede concebir como la suma de subsistemas independientes porque entre éstos y el sistema general hay determinados vínculos que permiten la unidad*. En primer lugar, los distintos conjuntos normativos se aplican a la misma *base social*, no pudiendo dar lugar a ordenamientos diferenciados e independientes<sup>51</sup>. En segundo lugar, porque hay puentes entre el Derecho internacional general y los sistemas particulares como son los principios abstractos y generales de menor número con los que como indica Canaris<sup>52</sup> se garantiza que el orden del derecho no se fragmente en una pluralidad de valoraciones particulares inconexas, sino que se remita a relativamente pocos criterios generales, con lo que al mismo tiempo queda de manifiesto la viabilidad del concepto de sistema, la unidad.

Entre estos cabe destacar la prevalencia o *primacía del orden público internacional sobre cualquier regla de derecho particular*. Los princi-

50. G. Hafner, «Los riesgos resultante de la fragmentación del Derecho internacional», en *Anuario de la Comisión de Derecho internacional*, Informe sobre la labor realizada en su 52 período de sesiones (1 de mayo a 9 de junio y 10 de julio a 18 de agosto de 2000), AGONU, A/55/10, p. 294. Y ésta es la posición de Trimble, desde una concepción criticista, cuando concibe el *orden jurídico internacional como la suma o conjunto de una pluralidad de ordenamientos jurídicos*, por lo que se debería formular un nuevo concepto de Derecho internacional que, en lugar de ser considerado como un sistema único y unitario aplicable a lo largo de la comunidad internacional, se conciba como: «un conjunto de sistemas paralelos, más o menos convergentes en función de la materia, aplicables por separado en las distintas naciones del mundo» (Ph. Trimble, «International law, world order and critical legal studies»: *Stanford Law Review* 42 [1990], p. 835). Como indica O. Casanovas, al analizar esta posición «de acuerdo con este planteamiento el DI sería semejante al DI privado, en el que cada Estado dispone de su propio conjunto de normas de determinación del derecho aplicable (u otras normas adoptadas independientemente) reguladoras de las controversias privadas, y que, sin embargo, son muy parecidas en su contenido y proporcionan de hecho un alto grado de uniformidad y predecibilidad en todo el mundo, como señala Trimble. Esta perspectiva, indica O. Casanovas, supone la «fragmentación del DI en una pluralidad de sistemas nacionales y no es más que una versión renovada de las teorías nacionales del DI público o del derecho estatal externo (*ausseres Recht*)» (O. Casanovas y la Rosa, «Unidad y pluralismo en Derecho internacional público», en *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, cit., p. 101).

51. O. Casanovas y la Rosa, «Unidad y pluralismo en Derecho internacional público», cit., p. 102.

52. C. W. Canaris, *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, 1998, p. 25.



pios del Derecho internacional general limitan la autonomía de los ordenamientos particulares y permiten la compatibilidad, coherencia y unidad de los ordenamientos particulares con el Derecho internacional general. En todo caso, cabe afirmar, con P. M. Dupuy:

It is incumbent on current legal scholarship to analyse those institutions undergoing a process of autonomization in order to demonstrate that they are not perfectly autonomous regimes, as opposed to the belief held by some at one point, but are essentially technical phenomena in the framework of the expansion of international law within an order that profoundly maintains its unity<sup>53</sup>.

Por lo demás *muchos subsistemas no son en realidad ni siquiera autónomos del Derecho internacional general*<sup>54</sup>. Un régimen sectorial no es autónomo por regular mediante profusión de reglas convencionales o de otra naturaleza la misma materia. Así, el Derecho internacional del medio ambiente no es un sistema jurídico distinto del Derecho internacional general, a pesar de su elevado particularismo —más de 800 Tratados y escasez de normas generales— porque carece de normas secundarias propias, autónomas del orden internacional<sup>55</sup>. Lo mismo cabría decir del *Derecho penal internacional*<sup>56</sup>.

En segundo lugar, dentro de un mismo régimen también hay particularismos, como ocurre en el *Derecho internacional de los derechos humanos*, en donde sin embargo tienden a ser interpretados de manera convergente a la luz del objetivo de la protección del ser humano<sup>57</sup>. La

53. P. M. Dupuy, «International law: Torn between coexistence, cooperation and globalization. General conclusions»: *EJIL* 9/2 (1998), p. 284.

54. A juicio de Wellens sólo cabría predicar la autonomía, en puridad, del derecho comunitario europeo (K. C. Wellens, «Diversity in secondary rules and the unity of international law: some reflections on current trends», en VV.AA., *Diversity in secondary rules and the unity of international law*, Den Haag, 1995, p. 29; por lo demás la mayoría de la doctrina niega la naturaleza distinta de muchos regímenes especiales en Derecho internacional. Cf. en este sentido E. Vierdag, «Some remarks about special features of human rights treaties», en *Ibid.*, 1995, pp. 119 ss.; en la misma publicación colectiva P. Malancuk, «Space law as a branch of international law», pp. 143 ss.; M. A. Fitmaurice, «International environmental law as a special field», pp. 181 ss.; P. Kuyper, «The law of GATT as a special field of international law. Ignorance, further refinement or self-contained system of international law?», pp. 227 ss.

55. Cf. C. Gutiérrez Espada, «La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del derecho internacional contemporáneo»: *ADI XIV* (1998), pp. 113-114.

56. Como indica V. Abellán, en el momento actual «no es autónomo, diferente del Derecho internacional público y de los sistemas internos de Derecho penal, ni se está formando en Derecho internacional público una rama consolidada del Derecho internacional de naturaleza penal (que incluiría todos los elementos de un sistema jurídico penal, desde la calificación del delito hasta la pena)». Por esta razón la profesora V. Abellán estudia el tema en el Derecho internacional público, donde existe una norma general que establece la responsabilidad penal individual (V. Abellán Honrubia, «La responsabilité internationale de l'individu»: *RCADI* [1999], p. 423).

57. Así, en el Derecho internacional de los derechos humanos la red de convenciones sobre derechos humanos, como indica Conforti, se ve marcada en su interpretación por una convergencia de todas las normas hacia el objetivo común de asegurar una protección de los se-

calificación del *Derecho internacional de los Derechos humanos* como un régimen autónomo<sup>58</sup> sólo permite resaltar las especificidades de un sector en el que no funciona la lógica interestatal de los derechos subjetivos y recíprocos, al establecerse para proteger a los seres humanos, lo que se observa en ciertas especificidades en la interpretación de las reglas jurídicas, en el régimen de las reservas o en el principio de efectividad; pero estos rasgos no excluyen su pertenencia al Derecho internacional.

En tercer lugar hay conexiones entre diversos regímenes que confluyen en las reglas de *ius cogens* del Derecho internacional. Así sucede en la convergencia entre el *Derecho internacional de los Derechos Humanos* y el *Derecho internacional humanitario* (y dentro de éste la convergencia entre los denominados Derechos de Ginebra y de La Haya), que se concreta en el *ius cogens intersectorial*<sup>59</sup>, que no es sino *ius cogens general*<sup>60</sup>. De ahí que autores como Eide propongan la elaboración

res humanos tan completa como posible (B. Conforti, «L'interaction des normes internationales relatives à la protection des droits de l'homme», en *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Colloque de Strasbourg, Paris, 1998, p. 121). No entramos ahora en la querella doctrinal sobre las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional general, sobre la que recientemente Flauss indicaba que ha cristalizado, en el terreno de la teoría del Derecho internacional, en una verdadera querella escolástica, en la que se enfrentan las tesis integracionistas, secesionistas y las que defienden la complementariedad (J. F. Flauss, «La protection des droits de l'homme et les sources du Droit international. Rapport général», en *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, cit. pp. 13-14).

58. Cf. sobre esta calificación G. Cohen-Jonathan, «Conclusions générales. La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international», en *La protection des droits de l'homme...*, cit., pp. 321-326.

59. Éstos se expresan en el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra, que constituye al mismo tiempo un código esencial de principios y reglas básicos en materia de derecho humanos. Cf. sobre esto, M. Pérez González, «Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario», en *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional* I, 1998, pp. 320-393, en especial, p. 334; A. S. Calogeropoulos-Stratis, *Droit humanitaire et droits de l'homme. La protection de la personne en période de conflit armé*, Genève, 1980; C. Gutiérrez Espada, «El derecho internacional humanitario y los conflictos armados internos (aprovechando el asunto Tadic)»: *Revista española de Derecho militar* 68 (1996), pp. 13-36; H. Gros Espiell, «Derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho internacional de los refugiados», en *Études et essais en l'honneur de J. Pictet*, pp. 699-711; S. MacBride, «Human rights in armed conflicts. The inter-relationship between the humanitarian law and the law of human rights»: *Révue de Droit pénal militaire et Droit de la guerre* IX/2 (1970), pp. 373 ss.

60. La existencia de *principios intransgredibles del Derecho internacional consuetudinario*, aplicables a los Estados con independencia de que hayan o no ratificado los convenios de la Haya de 1907 y de Ginebra de 1949, implica su pertenencia al Derecho internacional general, como normas de *ius cogens*. En opinión de Pérez González es la conexión directa de ciertos principios y reglas del Derecho internacional humanitario con la protección de los derechos humanos, lo que explica su pertenencia al Derecho internacional general. Las relaciones intersistémicas entre el DIH y el DIDDHH descansan en el objetivo compartido de protección de la persona humana, de tal manera que aún cuando pudiera decirse que los dos sectores constituyen dos sistemas jurídicos distintos constituyen al mismo tiempo *partes de un sistema internacional general, de raíz humanitaria, que reposa en principios comunes* (inviolabilidad, no discriminación, seguridad). La convergencia entre las reglas sectoriales se fundamenta en el principio de humanidad, del que deriva la exigencia ético-jurídica de garantizar en toda circunstancia (paz,

de una *Declaration on standards of humanity*, que sería aplicable en toda circunstancia<sup>61</sup>.

Finalmente, no son problemas de gran calado normativo los relativos al desarrollo y a la sectorialización de las *normas primarias*: es cierto que la autonomía temática puede convertir a cada sector regulado en un conjunto normativo que corre el riesgo de perder de vista los principios y normas generales del Derecho internacional, dando la impresión de que se producen contradicciones<sup>62</sup>. Si bien una misma materia puede haber sido regulada por diferentes normas o conjuntos de normas internacionales, universales y/o regionales<sup>63</sup>, no se debe olvidar que, como pone de manifiesto el profesor Díaz Barrado:

situaciones de excepción, guerras entre Estados, luchas de liberación nacional, guerras civiles) ciertos derechos básicos de la persona, lo que se refleja en las normas de *ius cogens intersectoriales*. La convergencia, como ha analizado Pérez González, tiene muchas otras dimensiones que dan lugar a interacciones entre ambos sectores, como por ejemplo cuando se utiliza el Derecho humanitario como parámetro para la interpretación de las reglas de derechos humanos. Además, aunque ambos sectores tienen distintos mecanismos de aplicación y control también se dan puntos de convergencia, expresados fundamentalmente en la invocación de los órganos de derechos humanos de los principios y reglas del Derecho internacional humanitario, a efectos interpretativos y de definición del contenido de los derechos. Cf. sobre todos estos aspectos, cf. M. Pérez González, «Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario», cit., pp. 334, 338-339, 343, 351.

61. Cf. A. Eide, «The need for a declaration on standards of humanity», en Boutros Boutros-Ghali. *Amicorum discipuloumque Liber. Paix, démocratie, développement*, Bruxelles, 1998, pp. 1919-1038, donde analiza esta necesidad y un primer proyecto elaborado en 1990 *The Turku declaration on minimum humanitarian standards* (Finlandia).

62. Así la doctrina pone ejemplos como los siguientes, de contradicciones: entre la *Carta de las Naciones Unidas* y otras obligaciones dimanantes del DI, en relación con el *Tribunal para la Antigua Yugoslavia*, el artículo 103 de la *Carta* y los *convenios de derechos humanos*, cuando se indica que es menor el estándar de protección de derechos humanos, en cuanto a garantías procesales en el Tribunal *ad hoc* que en el Convenio de derechos civiles y políticos; o en relación a las obligaciones en materia de derechos humanos y las normas sobre inmunidad; o las posibles contradicciones entre las normas del comercio internacional y la protección del medio ambiente; o de las normas sobre radiotransmisión. Cf. G. Hafner, «Los riesgos resultantes de la fragmentación del Derecho internacional», *Anuario de la CDI* (2000), pp. 295-298.

63. Es lo que Hafner denomina el problema de la *normativas paralelas*, como ocurre en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1998, que compite con la Convención sobre cursos de agua internacionales, de 1972, elaborada por la Comunidad europea y, a su vez, ambas deben combinarse con otras convenciones relativas a determinados cursos de agua, como el Rhin, el Danubio y otros.

Por otro lado como también pone de relieve Hafner la *elaboración de regímenes jurídicos diferentes en distintos órganos de negociación internacionales*, que se dirijan al mismo grupo de Estados, pueden llevar a una competencia entre normativas. Por ejemplo, existe competencia entre la normativa de la Comisión sobre la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos y de la UIT con respecto a determinadas actividades en el espacio ultraterrestre (por ejemplo, la distribución de frecuencias, el uso común respectivo); o en la misma esfera del Derecho internacional la convención de lucha contra la desertificación, la convención marco de Naciones Unidas sobre cambio climático y el convenio de Viena para la protección de la capa de ozono. Cf. G. Hafner, «Los riesgos resultantes de la fragmentación del Derecho internacional», *Anuario CDI* (2000), Informe A/55/10, AGONU, Doc. oficiales, suplemento n.º 10, p. 299.

[...] deben, ante todo, disiparse los temores acerca de que la *codificación* sea portadora de un virus capaz de destruir el ordenamiento jurídico internacional. En otras palabras, la codificación, aunque ha contribuido parcialmente a hacer más complejas las relaciones jurídicas entre los sujetos del Derecho internacional no debe ser entendida como la causa de que este ordenamiento deje de ser, o no sea, un sistema coherente de normas jurídicas estrechamente vinculadas entre sí<sup>64</sup>.

En todo caso, la aplicación de los principios *lex specialis derogat generalis* y de la *lex posterior derogat prior* soluciona gran parte de los problemas que se plantean.

#### IV. UNIDAD, PROLIFERACIÓN DE REGÍMENES DE NORMAS SECUNDARIAS Y DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

##### 1. La proliferación de regímenes de normas secundarias y el Derecho internacional general

Desde antiguo conviven diversos mecanismos de solución de controversias internacionales. La aparición de una jurisdicción universal voluntaria fue un paso hacia la unidad del ordenamiento internacional. Si bien la coexistencia de Tribunales y de mecanismos de solución de controversias no es un fenómeno novedoso<sup>65</sup>, la reciente aceleración del proceso<sup>66</sup> ha plasmado un mapa judicial y cuasi-judicial en el que coexisten múltiples regímenes de normas secundarias de interpretación y aplicación. Cabe destacar:

— *Tribunales para la solución de controversias internacionales*: TIJ, que sucedió al TPJI (1921-1945<sup>67</sup>), tribunales arbitrales; Tribunal de conciliación y arbitraje de la OSCE<sup>68</sup>.

64. C. Díaz Barrado, «La necesidad de la codificación en el Derecho internacional público»: *REDI* XLVII/1 (1995), p. 50.

65. Como señala Treves «es tan viejo como el arbitraje internacional» (T. Treves, «Recent trends in the settlement of international disputes», en *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional I*, cit., p. 433).

66. En opinión de Hafner, las razones de que haya una variedad de medios de arreglo se debe a la naturaleza fragmentada del sistema de Derecho internacional, a que es un sistema abierto, a la diferente estructura de las reglas, a los cambios en la soberanía del Estado y a la existencia junto a un sistema universal de subsistemas (lo que este autor califica de *erratic nature of the international system*) (G. Hafner, «Should one fear the proliferation of mechanisms for the peaceful settlement of disputes?», en L. Caflisch [ed.], *Règlement pacifique des différends entre Etats: perspectives universelle et européenne*, Den Haag, 1998, pp. 33-36).

67. También cabe referirse a las Comisiones de conciliación y arbitraje, al Tribunal supremo de restituciones, a la Corte de Justicia centroamericana o a los tribunales arbitrales como práctica relevante antes de la Carta de las Naciones Unidas. Del mismo modo cabe destacar los conocidos Tribunales de Núremberg y de Tokio.

68. Previsto por la convención adoptada en Estocolmo por el Consejo de la CSCE el 15 de diciembre de 1992 (cf. en *RGDIP* 97 [1993], p. 208); el reglamento del Tribunal de conciliación y arbitraje de la OSCE es de 1 de febrero de 1997.

- *Tribunales penales internacionales*: tribunales penales *ad hoc* (para la Antigua Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona) y permanente (aprobado por la Conferencia de Roma de julio de 1998, en vigor el estatuto desde el 1 de julio de 2002).
- *Órganos de solución de controversias económicas y comerciales*: Órgano de solución de diferencias de la OMC<sup>69</sup>, el Centro internacional de arreglo de diferencias sobre inversiones<sup>70</sup>, o el Órgano judicial de la OPEP<sup>71</sup>.
- *Tribunales de procesos de integración*: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea; Tribunal de la Asociación europea de Libre cambio<sup>72</sup>; Tribunal de Justicia del Benelux.
- *Tribunales de derechos humanos*: TEDH; Tribunal interamericano de Derechos Humanos (convenio de San José de 22 de noviembre de 1969); Tribunal africano de Derechos Humanos.
- *Tribunal de Derecho del Mar*<sup>73</sup>.
- *Tribunales administrativos*: Tribunal administrativo de la OIT<sup>74</sup>; tribunal administrativo de Naciones Unidas<sup>75</sup>; Tribunal administrativo (desde el 26 de septiembre de 1980) del grupo del Banco Mundial (Banco Mundial, Asociación internacional de desarrollo, sociedad financiera internacional); Tribunal administrativo de la OCDE (creado el 19 de diciembre de 1991 por el Consejo); Tribunal administrativo del Consejo de Europa (desde 1994)<sup>76</sup>.

La proliferación de Tribunales internacionales y de otros mecanismos de solución de controversias internacionales ha generado diversos

69. Cf. Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (anexo 2).

70. Creado en 1965 por el Convenio de Washington.

71. Creado por un acuerdo de 9 de mayo de 1978 para resolver los litigios entre los Estados de la OPEP.

72. Tiene 3 miembros desde el 1 de enero de 1995. Fue creada por un acuerdo de 2 de mayo de 1992 relativo a la institución de una autoridad de vigilancia y un Tribunal de Justicia y protocolo n.º 5 sobre el estatuto del Tribunal, entre los Estado de la Asociación europea de libre cambio.

73. Con sede en Hamburgo, empezó a funcionar en octubre de 1996. Adoptó el reglamento el 27 de octubre de 1997 y el primer fallo en diciembre de ese año, en el *Asunto Buque Saiga (pronta liberación) entre San Vicente y las Granadinas y Guinea*. La Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, en su sección 5 de la parte XI (arts. 186-191 y anexos V, VI, VII y VIII). El número de sesenta ratificaciones del Convenio se alcanzó en octubre de 1994. La puesta en marcha de los órganos del convenio se hizo mediante la adopción del acuerdo de 29 de julio de 1994 relativo a la aplicación de la Parte XI, para responder a las aspiraciones de los países industrializados.

74. 29 organizaciones internacionales han reconocido la competencia de este tribunal para los litigios de más de 32000 funcionarios de las mismas. Desde 1946 ha pronunciado más de 1600 sentencias. Cf. sobre los Tribunales administrativos, J. Mousse, *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union Européenne*, Préface de I. Seidl-Hohenveldern, Bruxelles, pp. 121-123.

75. Es un órgano subsidiario creado por la Asamblea General el 24 de noviembre de 1949, sobre la base del artículo 22 de la Carta (Res. 351 [IV], y 957 [X] de 8 de noviembre de 1955). Tiene competencia sobre aproximadamente 115.000 personas (entre ellos 70.000 pensionistas), funcionarios de Naciones Unidas, la OACI, la OMI.

76. Además el Tribunal administrativo del Instituto de Roma para la unificación del derecho privado (UNIDROIT), creado en 1940; la comisión de recursos de Eutelsat, creada en 1987, la comisión de recursos de la Oficina franco-alemana para la juventud, el colegio especial arbitral de la Oficina de los refugiados de Palestina en Próximo Oriente, desde 1983; la sala de recursos de las Escuelas europeas, creada por convención de 17 de agosto de 1994.

*riesgos para la coherencia y unidad* del ordenamiento internacional, en ausencia de un juez supremo o de una jerarquía entre los tribunales internacionales<sup>77</sup>.

Un primer riesgo es la falsa imagen del Derecho internacional<sup>78</sup> como conjunto de *subsistemas autónomos equipados con sistemas jurisdiccionales que funcionan con independencia del ordenamiento internacional general*, como si no debiesen aplicar sus principios básicos. Esta idea se desarrolló en las primeras décadas de la jurisprudencia del TJCE y se alimentó por la doctrina de los regímenes o sistemas *self-contained* (*autocontenidos*)<sup>79</sup>. Es cierto que los Tribunales son autónomos entre sí al apreciar su propia competencia, sobre la base del principio de competencia de la competencia y de la noción de función judicial. O que no existe una jerarquía entre tribunales internacionales, ni un Tribunal supremo que establezca con validez general la interpretación de las normas internacionales o que dirima conflictos de jurisdicción.

Pero estos rasgos propios del pluralismo jurisdiccional del orden internacional no permiten afirmar la independencia de los subsistemas en relación con el *Derecho internacional general*. En este sentido indica O. Casanovas que *no hay que confundir el pluralismo jurisdiccional con el pluralismo de sistemas normativos*: «la falta de un sistema judicial unitario y la pluralidad de Tribunales dotados de autonomía no implica que cada Tribunal sea órgano de un ordenamiento jurídico autónomo»<sup>80</sup>.

Es decir, que los Tribunales no aplican ordenamientos independientes del Derecho internacional general y deben aplicar éste cuando sea pertinente. Así lo establecen algunos estatutos al prever la *aplicación de*

77. Dejamos a un lado el análisis de los denominados conflictos de jurisdicción, que se arreglan sobre la base de las disposiciones convencionales y, normalmente, en función del principio de la libre elección del medio de solución de las controversias, de la voluntad de las partes. En este ámbito puede haber problemas por la existencia de varias vías de arreglo judicial para un solo acto jurídico internacional, lo que como indica Caflisch puede engendrar problemas delicados, incluso insolubles. Los convenios normalmente establecen criterios de preferencia. Cf. sobre esto en el marco del convenio de conciliación y arbitraje de la OSCE, L. Caflisch, «La subsidiarité des mécanismes de la convention de 1992», en *Règlement pacifique des différends entre Etats: perspectives universelle et européenne*, Den Haag, 1998, pp. 55-65.

78. P. M. Dupuy, «The danger of fragmentation...», cit. p. 796.

79. Por ejemplo, el Tribunal para la Antigua Yugoslavia partió de un concepto amplio de su jurisdicción argumentando que la falta de una estructura centralizada, o de un sistema judicial integrado con una ordenada división del trabajo entre los tribunales, llevaba a que cada Tribunal fuese un «sistema autocontenido» (*Decisión de la sala de apelación*, de 2 de octubre de 1995, en el Asunto Tadic-competencia, pár. 11). Esta frase ha sido criticada por la doctrina porque puede alimentar y reforzar la no-integración del sistema judicial internacional, cuando habría podido esperarse que contribuyera a su reducción. Consciente o inconscientemente, indica Condorelli, el Tribunal para la Antigua Yugoslavia «milita en favor del desorden más que del orden jurídico internacional» (L. Condorelli, «Le tribunal penal international pour l'Ex-Yougoslavie et sa jurisprudence», en *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional* I, 1997, pp. 262-265).

80. O. Casanovas y la Rosa, «Unidad y pluralismo...», cit., p. 246.

*las normas de Derecho internacional*<sup>81</sup>, y así se deduce de la práctica internacional: *los tribunales no son autónomos del Derecho internacional general*.

## 2. *Derecho comunitario y Derecho internacional general*

Los sistemas jurisdiccionales son más autónomos si excluyen la posibilidad de acudir a otros medios de solución de controversias y si eliminan o reducen al mínimo la posibilidad de acudir a otros medios de autotutela.

El sistema más autónomo es el Derecho comunitario europeo, en el que los Estados se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en el mismo (art. 292 TCE). El TJCE tiene jurisdicción exclusiva, lo que excluye la de otros tribunales, para la interpretación y aplicación del Derecho comunitario<sup>82</sup>. El TJCE tiene la competencia exclusiva de garantizar la *autonomía* del sistema jurídico comunitario.

81. Así el artículo 293 del *Convenio de Montego Bay* establece que se aplicará la «presente convención y las demás normas que no sean incompatibles con ella»; el artículo 3.2 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias en la OMC* establece que el sistema debe preservar los derechos y obligaciones de los miembros, reconocidos en las disposiciones de los acuerdos aplicables «de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público»; por su parte el estatuto del *Tribunal penal internacional* establece en el artículo 21.1,b que se aplicará el estatuto y «cuando proceda, los tratados y principios y normas de derecho internacional aplicable, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados». Del mismo modo los *Tribunales ad hoc* han aplicado el derecho internacional general en su jurisprudencia, por ejemplo al controlar la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad en el Asunto Tadić; del mismo modo, por ejemplo, diversas disposiciones del *Convenio europeo de derecho Humanos* remiten a las normas generales del derecho internacional de los derechos humanos y a los principios de derecho internacional (arts. 7.1, 15.1, 35.1); y asimismo el tribunal recurre a otros tratados para interpretar el convenio así como a normas pertinentes de derecho internacional aplicables a las relaciones entre las partes; asimismo el Centro internacional de arreglo de diferencias sobre inversiones decide, según su artículo 42.1 de «acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes, la legislación de cada Estado y el derecho internacional público aplicable».

82. En este sentido el *Dictamen de 14 de diciembre de 1991* (n.º 1/92, Rec. I-6079), relativo al Proyecto de acuerdo entre la Comunidad y los países de la Asociación Europea de Libre comercio, sobre la creación del Espacio económico europeo, estimó que el proyecto era incompatible con el Derecho comunitario (pár. 46) al condicionar la interpretación futura de las normas comunitarias en materia de libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, así como en competencia a un mecanismo jurisdiccional previsto en el acuerdo que vulneraba los propios fundamentos de la Comunidad al atribuir competencias de interpretación al Tribunal del Espacio económico europeo sin que éste estuviese vinculado expresamente por la jurisprudencia del TJCE adoptada después de la futura entrada en vigor del acuerdo EEE. Además la atribución al Tribunal EEE de la competencia para pronunciarse sobre competencias respectivas de la comunidad y sus Estados en las materias regidas por las disposiciones del acuerdo era incompatible con el derecho comunitario «ya que puede vulnerar el orden de competencias definido en los tratados y la autonomía del sistema jurídico comunitario cuyo respeto garantiza el TJCE» (párrs. 34-35).

Ahora bien, se trata de *autonomía en relación con otros medios de solución de controversias, pero no de las normas generales del Derecho internacional*. El Derecho comunitario es Derecho internacional particular, a pesar de sus especificidades y, como está reconociendo lentamente el TJCE, el orden internacional penetra progresivamente en la interpretación del Derecho aplicable en el orden comunitario. Indica J. Díez-Hochleitner que «el derecho comunitario es un subsistema de Derecho internacional, en tanto que orden autónomo de Derecho internacional de carácter semi-cerrado»<sup>83</sup>. Por su parte, indica O. Casanovas:

Mientras la CE no sea una federación y los Estados miembros conserven su soberanía o subjetividad internacional distinta y diferenciada el derecho comunitario no es un sistema jurídico autónomo sino un sistema normativo, sin duda alguna el dotado de mayor autonomía pero sustentado en unos fundamentos —los tratados— que pertenecen al derecho internacional público. Por su carácter regional y ámbito limitado, importante pero sectorial, no puede decirse que el derecho comunitario suponga una amenaza de fragmentación del Derecho internacional<sup>84</sup>.

En este sentido cabe señalar que el modelo de la Unión Europea forma parte del fenómeno jurídico internacional. En la concurrencia de ordenamientos (internacional, europeo y estatales) que se produce se descubre en la actualidad una progresiva penetración de las normas del *Derecho internacional en el Derecho comunitario*, en los que la Comunidad Europea se manifiesta como sujeto del orden internacional, y que muestran los límites de la concepción independentista del derecho comunitario en relación con el Derecho internacional. En este sentido cabría destacar que los controles de constitucionalidad previos a la manifestación del consentimiento por la Comunidad a comprometerse por un Tratado (art. 300.6 TUE, antiguo art. 228) han puesto de relieve los límites de las competencias exclusivas comunitarias, reafirmando la utilidad de los acuerdos mixtos en el proceso de expansión *rationae materiae* de la acción exterior europea<sup>85</sup>.

83. Orden autónomo, indica el profesor Díez-Hochleitner porque cuenta con sus propias normas secundarias; orden semi-cerrado al Derecho internacional porque si bien sus normas secundarias son en gran medida autosuficientes no excluyen por completo en él el juego de normas de Derecho internacional general» (J. Díez-Hochleitner, «La interdependencia entre el Derecho internacional y el derecho comunitario», en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, Madrid, 1999, p. 88).

84. O. Casanovas y la Rosa, «Unidad y pluralismo...», cit. p. 259.

85. En este sentido cabe extraer conclusiones de algunos de los dictámenes del TJCE. Así, en el *Dictamen 2/94*, de 28 de marzo de 1996, sobre la *adhesión al CEDH*, donde se puso de relieve la falta de competencia implícita de la Comunidad; en el *Dictamen 1/94*, de 15 de noviembre de 1994, sobre la OMC, donde se consolidó la competencia mixta más allá del ámbito comercial clásico; en el *Dictamen 2/91*, de 19 de marzo de 1993, en el que sobre la competencia comunitaria para comprometerse por el Convenio n.º 170 OIT se indicó que una competencia comunitaria podía ser ejercida por los Estados, actuando solidariamente en interés de la Comunidad, en caso de impracticabilidad de la competencia externa comunitaria; o en el *Dictamen*



Por otro lado el modelo de incorporación del *Derecho internacional convencional* en el orden comunitario, de carácter *monista internacionalista*<sup>86</sup>, según se deduce de la interpretación del TJCE (*asunto Haageman II*, de 30 de abril de 1974), integra el artículo 24 de la Convención de Viena de 1986, de tal modo que lo relevante es la fecha de entrada en vigor dispuesto en el tratado, con independencia de su aplicación.

Además la progresiva aplicación de *normas generales consuetudinarias* de Derecho internacional en el orden comunitario sin acto expreso de recepción (*asunto Poulsen-DI del Mar*, 1992, *Asunto Pasta de Madeira* —principio de territorialidad, 1988, sentencia Racke<sup>87</sup>, de 16 de junio de 1998—) ha supuesto un avance notable, al declarar sin efecto un tratado sobre la base de un cambio fundamental en las circunstancias, es decir, aplicando el *derecho consuetudinario internacional*. En el mismo sentido el *respeto por la validez internacional de un acuerdo declarado nulo* (en la sentencia de 9 de agosto de 1994, en relación con el Acuerdo Comisión-USA sobre derecho de la competencia) muestra un mayor respeto de la Comunidad hacia el fenómeno jurídico internacional del que su autonomía parecía preludiar hace unas décadas.

La Comunidad vive y se desarrolla en una sociedad internacional donde debe aceptar sus reglas del juego, por lo que debe readaptar las suyas. La Comunidad no es un Estado y tiene problemas para insertarse en un mundo interestatal, como refleja su *participación en Organizaciones internacionales y Conferencias Internacionales*, donde normalmente no tiene la condición de miembro exclusivo —salvo en algunas Organizaciones de pesquerías, como la NAFO— sino la de miembro no exclusivo —junto a los Estados o, en la mayor parte de los casos, estatutos diversos que debe concertar con los terceros. La gestión de los mismos debe realizarse sobre la base del principio de cooperación CE-Estados miembros (Dictamen 1/94), para asegurar el *principio de unidad de representación internacional de la Comunidad*<sup>88</sup>.

1/78, de 4 de octubre de 1979, en relación con la competencia para el acuerdo internacional sobre el caucho natural, donde se señaló que la competencia era mixta porque la financiación del stock regulador dependía de los Estados.

86. Cf. J. Díez-Hochleitner, *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, Madrid, 1998, pp. 1-41.

87. El reglamento (CEE) número 3300/91 del Consejo, de 11 de diciembre de 1991 suspendía las concesiones comerciales establecidas por el acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea y Yugoslavia. Un importador de vinos alemán, Racke, tenía contraída una deuda aduanera con motivo de la importación en Alemania de vino procedente de Kosovo. El *Bundesfinanzhof* planteó una cuestión prejudicial sobre la validez del reglamento de 1991. EL Tribunal analiza la validez del reglamento 3300/91 a la luz del derecho consuetudinario (de la *rebus sic stantibus*). Cf. un análisis en J. Roldán Barbero, «La costumbre internacional, la cláusula *rebus sic stantibus* y el derecho comunitario (A propósito de la sentencia Racke dictada por el TJCE el 16.6.1998): REDI L/2 (1998), pp. 9-35. Cf. sobre jurisprudencia anterior L. I. Sánchez Rodríguez, «Derecho comunitario y derecho del mar. Comentario a la sentencia Pulsen de 24.11.92», RIE, 1993, pp. 141-153.

88. Cf. J. Roldán Barbero, «La participación de la Unión Europea en Organismos interna-

La mayor exigencia del TJCE para otorgar efecto directo a un Tratado internacional que a un instrumento jurídico de derecho comunitario interno deriva de que es consciente de la importancia del *principio de reciprocidad en las relaciones internacionales*, no vaya a ser que mientras en la CE se aplican unas reglas los competidores apliquen otras que les sean más favorables. De ahí que frente al reconocimiento de eficacia directa frente a los particulares en algunos Acuerdos celebrados por la Comunidad<sup>89</sup>, ésta evite dar eficacia directa al GATT/OMC en el interior de la Comunidad<sup>90</sup>.

El TJCE acude, al interpretar un Tratado internacional no sólo al método teleológico y sistemático propio de su interpretación del derecho comunitario interno sino que también acude al convenio de Viena de 1986 y, progresivamente realiza una interpretación conforme del derecho comunitario con el Derecho internacional, aceptando la primacía de éste, tanto en relación con las decisiones obligatorias del Consejo de Seguridad como con otras reglas y obligaciones internacionales<sup>91</sup>.

### 3. *Derecho de la OMC y Derecho internacional general*

El sistema de solución de controversias de la OMC no es tan autónomo como se predicó por parte de la doctrina, entre otras cosas porque los Estados puedan acudir a contramedidas basadas en el Derecho internacional general y en el sistema son aplicables reglas del Derecho internacional general. En el sistema GATT los paneles desconocieron los criterios de la convención de Viena en materia de interpretación de Tratados, mostrando una excesiva preferencia por el método de interpretación histórica; del mismo modo no se aplicaba la regla de agotamiento de los recursos internos en ciertos ámbitos del GATT donde hubiese debido de ser aplicable<sup>92</sup>, como señala Kuyper. Ahora bien el régimen del GATT

cionales», en F. M. Mariño Menéndez (dir.), *Acción exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional*, Madrid, 1998, pp. 243-273.

89. A modo de ejemplo, el *Asunto Bresciani* (1976), en relación con el Convenio de Lomé, *Asunto Pabst* y otros (1982) en relación con el acuerdo con Grecia y Portugal, en el *asunto Le-gros*, en relación con el acuerdo con Suecia de 1972 y la prohibición de exacciones de efecto equivalente a derechos de aduana, en el *asunto Anastasiou* (1994), en relación con el acuerdo con Chipre (1977) en el marco de un litigio sobre importación de cítricos y patatas.

90. Así, en el *Asunto International Fruit III* (1972), *Schlüter* (1973), *Organización común de mercados en el sector del plátano* (1994), *Chiquita Italia* (1995). Vid. una posición crítica a la posición del TJCE, Cebada Romero, A., *La organización mundial del comercio y la Unión Europea*, La Ley, 2002.

91. Así, en la sentencia de 10 de septiembre de 1996, *asunto Comisión c. Alemania*, en el asunto *Bosphorus* y en el *asunto Ebony*, en relación con el embargo a Yugoslavia y la aplicación de las decisiones del Consejo de Seguridad, así como en relación con el GATT, donde progresivamente se reconoce su utilidad como parámetro de validez del ordenamiento comunitario (*asunto Seiko*, 1995).

92. En este sentido, P. J. Kuyper, «The law of GATT as a special field of international law. Ignorance, further refinement or self-contained system of international law?»: *NYIL* XXV (1994), p. 230.

no era un sistema autónomo. Las partes recurrieron a medidas de autotutela y en el ámbito de la responsabilidad internacional se siguieron ciertas reglas del Derecho internacional general.

El régimen de la OMC ha confirmado que el sistema no es autocontenido. Y ello, en primer lugar, porque el régimen no es exclusivo (las partes pueden acudir al arbitraje). Además, porque el artículo 23 del Entendimiento ha sido interpretado, en un Informe de 22 de diciembre de 1999, que no ha sido objeto de recurso, por un Grupo especial en el sentido de que los artículos. 301-300 de la ley de comercio exterior de EE.UU., que permiten la adopción de medidas unilaterales como represalias comerciales (por razones de política comercial) no son contrarias al Entendimiento porque su aplicación es compatible con las obligaciones del Entendimiento. Como ha señalado la doctrina<sup>93</sup> esto deja lugar a un «unilateralismo tímido» permitido por el régimen de la OMC.

Pero, sobre todo, lo relevante es que el órgano de solución de diferencias está obligado a interpretar el Derecho de la OMC, «de conformidad con las reglas consuetudinarias de interpretación del Derecho internacional público» (art. 3, 2 del Entendimiento)<sup>94</sup>. La práctica ha consolidado la interpretación de esta disposición. Ha señalado Hill que el mecanismo ha pasado de ser un *rule based system*, en el GATT, a un *principle oriented system*, en la OMC, confirmando el órgano de apelación la aplicabilidad de principios provenientes de fuera del régimen de la OMC, del *corpus* de Derecho internacional público<sup>95</sup>.

Los acuerdos de la OMC contienen ciertos principios propios del régimen comercial como el de liberalización comercial, no discriminación, soberanía y defensa nacional, desarrollo sostenible, cooperación y multilateralismo, transparencia, *rule of law* o el de proporcionalidad. Pero como ha señalado el órgano de apelación en el *asunto Us-Gasoline*<sup>96</sup> el

93. En 1998 la Comunidad Europea había impugnado ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC la compatibilidad del sistema GATT/OMC con los artículos. 301-310 de la ley de comercio exterior norteamericana, de 1974, que «constituiría una medida unilateral prohibida por el artículo 23 del Entendimiento». En marzo de 1999 se estableció un Grupo especial que el 22 de diciembre del mismo año emitió un Informe que se pronunció a favor de la adecuación de la normativa de EE.UU. con los acuerdos de la OMC, y que no fue objeto de apelación. El grupo entendió que la legislación impugnada no era contraria al Entendimiento porque su aplicación se basaba en las garantías dadas por la Administración norteamericana, antes y durante el procedimiento, de recurrir a los artículos 301-310 de forma compatible con las obligaciones del Entendimiento. Cf. un comentario en I. Blázquez Navarro, «Los límites del unilateralismo en el sistema de solución de diferencias de la OMC. El informe del grupo especial sobre los arts. 301 a 310 de la ley de comercio exterior de EEUU»: *ADI XVII* (2000), pp. 3 ss., en especial, p. 9.

94. Cf. O. Casanovas y la Rosa, «Unidad y pluralismo...», cit., pp. 249 ss.; Ruiz-Fabri, «L'appel dans le règlement des différends de l'OMC: trois ans après, quinze rapports plus tard»: *RGDIP* 1 (1999); R. Bermejo, «La reestructuración del sistema comercial internacional tras la Ronda Uruguay: la OMC», en *Cursos de derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1997, pp. 117 ss.

95. Cf. M. Hill, «Power, rules and principles-Which orientation for WTO/GATT law?»: *Journal of international economic law* 4/1 (2001).

96. Órgano de apelación, *United States-Standards for reformulated and conventional gasoline (US Gasoline)*, WT/DS2/AB/Rm de 20 de mayo de 1996, pár. 17.

sistema OMC no se construye de manera aislada de las reglas del Derecho internacional. La OMC no es un «sistema autocontenido»<sup>97</sup>: no es un régimen autónomo del DI general.

Tanto los grupos especiales como el órgano de apelación interpretan el sistema GATT/OMC de manera compatible con el Derecho internacional general. A tal efecto deben aplicar las reglas consuetudinarias y determinadas reglas convencionales. Por lo que respecta a las normas de Derecho internacional (y a ciertos principios generales del Derecho<sup>98</sup>), se aplican salvo que se demuestre que ello pone en entredicho el objeto y fin del sistema<sup>99</sup>. En este sentido, como indicó el órgano de apelación, «no hay que leer el Acuerdo General aislándolo clínicamente del Derecho internacional público»<sup>100</sup>. Así, ha reconocido la aplicabilidad del principio de la buena fe (arts. 26 y 31 CV69)<sup>101</sup>, del debido proceso, del estoppel, de la no retroactividad de los tratados (art. 28 CV 69)<sup>102</sup>, de los relativos a tratados sucesivos concernientes a la misma materia<sup>103</sup>, y de manera prudente los principios de interpretación evolutiva y precaución. En materia de interpretación ha estimado (asuntos *Essence* y *boissons alcooliques*) que los arts. 31 y 32 de la CV 69 forman parte del derecho internacional consuetudinario o general. Esta calificación ha supuesto, como ha señalado la doctrina<sup>104</sup>, una prueba de madurez y velocidad, mucho mayor que la que han demostrado el TJCE e, incluso el propio TIJ.

Por lo que se refiere al *derecho convencional* el régimen de la OMC establece que se determina a la luz de los acuerdos enumerados en el

97. Cf. G. Marceau, «A call for coherence in international law»: *Journal of World Trade* (1999), pp. 107-109.

98. Así, el informe del órgano de apelación, en el asunto *United States-Measures affecting imports of woven wool shirts and blouses from India* (WT/DS33/AB/R, de 23 de mayo de 1997, p. 14) indicó que una parte que invoca un hecho tiene la carga de la prueba, regla que derivaría de cualquier sistema de arreglo judicial, incluso de los Tribunales internacionales, incluido el TIJ.

99. Así se pronuncia E. Canal-Forgues, siguiendo a Sands: cf. «Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC»: *RGDIP* 1 (2001), p. 15.

100. *Informe Essence*, p. 19.

101. Consagrado en el Asunto *Crevettes*, donde se indica que el artículo XX relativo a las excepciones generales constituye una expresión del principio de buena fe, fundamentalmente porque permite evitar el abuso de derecho; el asunto *Corea-Medidas que afectan a los mercados públicos* (2000, pár. 7.93) indica que el principio de ejecución de buena fe se «extiende a las medidas ulteriores que podrían anular o comprometer las ventajas a las cuales las otras partes en las negociaciones [...] esperan razonablemente». Ahora bien, aunque en el Asunto *Inde-Brevets* el Grupo especial se había mostrado favorable a la utilización de la noción de expectativas legítimas de los miembros de la OMC para la interpretación del acuerdo (pár. 7, 18), el órgano de apelación en el Asunto *Corea-medidas que afectan a los mercados públicos* (2000, WT/DS163/R, pár. 7.75) rechazó esta interpretación extensiva aunque indicó que el derecho consuetudinario internacional debía ser tenido en cuenta a la hora de interpretar el acuerdo (en pár. 7.101).

102. Asunto *Noix de coco desséchée*, del órgano de apelación, o en el Asunto *Hormonas*, en el panel.

103. Art. 30, 3 CV 69. Y arbitraje en el asunto *Hormonas* sobre la interpretación del art. 22, 7 del Memorándum de acuerdo.

104. E. Canal-Forgues, «Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC», cit., p. 19.

apéndice 1 del *Memorandum de acuerdo*, algunos de los cuales a su vez hacen referencia a otros Tratados internacionales, entre los que destacan los relativos a otros estatutos de otras organizaciones internacionales (por ejemplo, la FAO, el FMI) y a otros tratados internacionales (por ejemplo, el art. 2 del ADPIC se refiere a algunos tratados relativos a la propiedad intelectual, convenio de París, Berna, Roma). Los principios contenidos en Tratados de carácter universal, como la Carta de las Naciones Unidas, son relevantes en el mecanismo de solución de controversias. El problema se plantea en relación con los acuerdos particulares concluidos entre algunos miembros de la OMC que no aparecen en el apéndice 1, que no forman parte *stricto sensu* del derecho aplicable, pero que pueden ayudar en la interpretación de las obligaciones de los miembros en virtud de la OMC. En este sentido a juicio de Canal-Forgues:

Si se trata de textos de alcance jurídico obligatorio no se podría *a priori* rechazar a los paneles y al órgano de apelación una competencia autónoma de interpretación de las normas y convenciones exteriores a la OMC, en la medida en que los acuerdos pluri o multilaterales exteriores a la OMC sean aplicables en las relaciones entre las partes en litigio y tengan un vínculo pertinente o suficiente con el ámbito de acción de la Organización tal y como deriva del artículo II del Acuerdo de Marrakech que crea la OMC<sup>105</sup>.

## V. PLURALIDAD DE TRIBUNALES Y DIVERGENCIAS JURISPRUDENCIALES

Se ha señalado que el mayor riesgo de la co-existencia de tribunales y de la ausencia de un Tribunal supremo o mecanismo unificador de la juris-

105. En este sentido destaca el asunto *Volailles*, donde el órgano de apelación declaró que el Acuerdo bilateral sobre oleaginosas negociados por la CE y Brasil en el marco del artículo XXVIII del GATT 1947 no era un acuerdo en el sentido de los artículos 1 y 2 del Memorandum, pero que aún con todo podía servir para interpretar la concesión comunitaria concerniente a la carne de *volaille* congelada inscrita en su lista como medio complementario de interpretación. En el mismo sentido en el Asunto *Bananas*. La Convención IV de Lomé, en su protocolo n.º 5 regulaba el tratamiento preferencial acordado a las bananas provenientes de los países ACP. Para el órgano de apelación la derogación acordada por la Convención de Lomé es una referencia para las Partes contratantes del GATT, siendo necesario examinar sus disposiciones con objeto de proceder a la interpretación de la derogación (Informe del órgano de apelación, párs. 164-178). Se trata de una cuestión que, en esta medida, forma parte del GATT o de la OMC, en la medida necesaria para interpretar la derogación. Además, en el asunto *United States-import prohibition of certain shrimp and shrimp products (US-Shrimp)*, WT/DS58/AB/R, de 6 de noviembre de 1998, el órgano de apelación hizo un uso extensivo de principios contenidos en convenios multilaterales, como la convención de Naciones Unidas sobre derecho del mar, la convención de biodiversidad biológica, la convención de conservación de especies migratorias y animales salvajes, para interpretar el artículo XX del GATT 1994, a pesar de que no todos los participantes en la apelación eran partes en dichos tratados (n.º 7, párs. 1330, 168). Cf. E. Canal-Forgues, «Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC»: *RGDIP* 1 (2001), p. 13; en el mismo sentido M. Hilf, «Power, rules and principles-which orientation for WTO/GATT law?»: *Journal of international Economic Law* 4/1 (2001).

prudencia es que las posibles *divergencias jurisprudenciales sobre las reglas y conceptos generales del DI pueden afectar a su unidad y coherencia*<sup>106</sup>.

El pluralismo jurisdiccional ya ha generado algunas contradicciones en la interpretación que los tribunales realizan del derecho aplicable. Así la calificación del TEDH de Gibraltar como «territorio dependiente del Reino Unido», ignorando que es una «colonia», en una aplicación sectorializada del sistema europeo de derechos humanos, como señala Sánchez Rodríguez<sup>107</sup>. El *Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea* no tuvo en cuenta en supuestos de doble nacionalidad (siendo una de ellas comunitaria) la jurisprudencia del TIJ (en el asunto *Nottebohm*), en cuanto al principio de efectividad como condición de oponibilidad de la nacionalidad<sup>108</sup>. El *Tribunal para la Antigua Yugoslavia* ha realizado calificaciones sobre la naturaleza del conflicto, las represalias armadas y los estándares en materia de derechos del acusado incompatibles con la jurisprudencia del TIJ y con algunos tratados internacionales, como ha analizado exhaustivamente Christakis. También se ha criticado la calificación por el *Tribunal de Derecho del Mar* del apresamiento por Guinea de un buque cisterna que suministraba carburante a unos pesqueros en su Zona económica exclusiva como «cuestión aduanera» o de «contrabando», indicando que «la elección entre una calificación jurídica que supone la violación del Derecho internacional y otra que evita dicha conclusión, hay que elegir esta última»<sup>109</sup>.

106. A juicio de Guillaume el «peligro está en la puerta» (G. Guillaume, «La Cour internationale de Justice. Quelques propositions concrètes à l'occasion du cinquantenaire»: *RGDIP* 2 [1996], p. 331); del mismo autor y en la misma línea «The future of international judicial institutions», *ICLQ*, 1995, vol. 44, part 4, p. 861. Esta problemática se había planteado por la doctrina cuando se crearon las Salas en el TIJ, aunque luego no se produjeron problemas especiales. Cf. S. Schwebel, «Chambers of the international Court of Justice formed for particular cases», en *Justice in international Law*, Cambridge, 1999, p. 117; R. Ranjeva, «Quelques observations sur l'intérêt à avoir un juridiction internationale unique»: *International Law Forum du DI* (ILA), n.º zero, pp. 10-14; cf. en general también M. W. Janis (dir.), *International Courts for the twenty-first century*, Den Haag, 1992; T. Christakis, «Les relations entre la CIJ et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: les premières fissures à l'unité du droit?»: *L'observateur des Nations Unies* 1 (1996), p. 46; P. M. Dupuy, «Multiplication des juridictions internationales et dangers de fragmentation de l'ordre juridique international», en *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional III*, 1999, p. 276; ODA, «Dispute settlement prospects in the Law of the sea»: *ICLQ* 44 (1995), p. 864.

107. Como señala Sánchez Rodríguez la actitud judicial ha conducido a resolver «problemas específicos [...] esquivando cuidadosamente la aplicación de normas internacionales generales, lo que pone en riesgo la unidad misma del sistema jurídico internacional» (L. I. Sánchez Rodríguez, «Sobre el derecho internacional, de los derechos humanos y comunitario europeo (A propósito del Asunto *Matthews c. Reino Unido*»: *Revista de Derecho comunitario europeo* 3/5 [1999], p. 108).

108. Cf. P. M. Dupuy, «Multiplication des juridictions internationales et dangers de fragmentation de l'ordre juridique international», en *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional III*, 1999, p. 276; cf. también sobre esa cuestión J. P. Puissochet, «La place du droit international dans la jurisprudence de la CJCE», en *Scritti in onore del Giuseppe Federico Mancini II*, Milano, 1998, pp. 779-807.

109. O. Casanovas y la Rosa, «Unidad y pluralismo...», cit., p. 248. Cf. también T. Treves, «Le tribunal international du droit de la mer. Débuts et perspectives»: *Annuaire du droit de la*

La coexistencia entre el *Tribunal de Justicia de la Comunidad europea* y el *Tribunal de la Asociación europea de Libre cambio* en la interpretación del espacio económico europeo tampoco deja de ser curiosa<sup>110</sup>. Asimismo ha habido *divergencias jurisprudenciales entre el Tribunal administrativo de la OIT y el Tribunal administrativo de Naciones Unidas*, cuyos efectos son irrelevantes para la unidad del Derecho internacional, en relación con los efectos individuales de los acuerdos sindicales con la organización, que dieron lugar a la resolución de 18 de diciembre de 1978, de la AGONU, para la unificación de ambos tribunales<sup>111</sup>.

En definitiva la ausencia de un sistema judicial jerárquico hace imposible la completa uniformidad de las decisiones, como indica Charney<sup>112</sup>. Pero como indica igualmente este autor la proliferación de tribunales no es tanto una «amenaza» como algo que permite «experimentar»

*mer*, 1996, 1 (1997), pp. 27-45; Boyle, «Dispute settlement and the law of the sea convention: problems of fragmentation and jurisdiction»: *ICLQ* 46 (1997), pp. 37 ss.; Charney, «The implications of expanding international dispute settlement systems: the 1992 convention on the law of the sea»: *AJIL* 90 (1996), pp. 69-75; ODA, «Dispute settlement prospects in the law of the sea»: *ICLQ* 44 (1995), pp. 863-873; C. Fleishhauer, «The relationship between the ICJ and the newly created international tribunal for the law of the sea in Hamburg»: *Max Planck Y.B. UNL* 327 (1997).

110. En este caso el TJCE interpreta el acuerdo en su aplicación a los Estados miembros de la UE y el Tribunal AELC lo interpreta en su aplicación a los Estados AELC. La posibilidad de que el TJCE interpretase el acuerdo en relación con su aplicación a terceros Estados podría haberse dado si así se estableciese en un acuerdo internacional, como preveía el proyecto inicial que no se celebró. Finalmente se celebró un tratado en Oporto el 2 de mayo de 1992 entre la CE y los Estados miembros AELC. Por ello en el *Asunto Ulla Brith Anderson y S. Wäkeres c. Estado de Suecia*, el TJCE, en sentencia de 16 de junio de 1999 (C-321/97, ap. 28) se consideró incompetente para pronunciarse sobre una cuestión prejudicial relativa a la posible responsabilidad por daños causados a particulares por incorrecta transposición al derecho interno de una directiva comunitaria en relación con los Estados partes en la AELC. En todo caso, como indica Mariño el «derecho comunitario no prohíbe que la Comunidad y sus Estados miembros celebren un tratado internacional con terceros el cual establezca la creación de un órgano jurisdiccional cuyas decisiones obliguen a la Comunidad y sus Estados miembros» (F. M. Mariño Menéndez, «La jurisdicción del TJCE y sus relaciones con la jurisdicción de otros Tribunales internacionales», en *Derecho procesal comunitario*, Valencia, 2001, p. 329).

111. Finalmente, sin embargo, sólo se realizaron algunas modificaciones al estatuto del Tribunal administrativo de la OIT, el 19 de junio de 1992, y a su reglamento el 24 de noviembre de 1993. En todo caso esta pluralidad de jurisdicciones administrativas es criticable y procede, como señala la doctrina del «nacionalismo de las organizaciones». Pero más graves son, como indica Thierry, las diferencias entre las prácticas judiciales del TAOIT y del TANU, que llevan a que los justiciables no sean tratados de la misma manera. En el TAOIT las indemnizaciones son muy superiores. Es deseable que, como indica la doctrina se reagrupen estas jurisdicciones en el seno del sistema de las Naciones Unidas. El fracaso del proyecto de fusión del TANU y del TAOIT, ha conducido a proponer la idea de crear un Tribunal de apelación o de casación de las sentencias de las jurisdicciones administrativas internacionales. En todo caso, hasta el momento ni se han realizado estas sugerencias ni tampoco se han establecido mecanismos o estructuras de cooperación entre los tribunales administrativos. Cf. algunas propuestas de modificación de menor calado en H. Thierry, «Aspects de la justice administrative internationale», en *Le droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruxelles, 1997, pp. 120-122.

112. J. Charney, «International law and multiple international Tribunals»: *RCADI* 271 (1998), p. 347.

y «explorar» el Derecho internacional, que fomenta la creatividad y contribuye colectivamente a su desarrollo. Lo esencial es que la proliferación no afecte a la interpretación judicial descentralizada de los aspectos generales del Derecho internacional.

Con independencia de los riesgos la proliferación es un paso adelante fundamentalmente *positivo*. Por un lado, porque los riesgos no son tan graves como puede parecer, debido al efecto relativo de las sentencias de los tribunales, cuya función es resolver controversias, no desarrollar el Derecho internacional. Además, esos Tribunales contribuyen a dar una mayor eficacia a la aplicación de las normas primarias de Derecho internacional, ampliando la justiciabilidad de las relaciones internacionales<sup>113</sup>. Contribuyen a reducir la autotutela y enriquecen el desarrollo progresivo del Derecho internacional<sup>114</sup>. Y su misma creación y práctica ha permitido la consolidación en el Derecho internacional general de algunas nociones como la subjetividad activa y pasiva del individuo. La coexistencia puede generar disfunciones pero también *complementariedades normativas enriquecedoras*, como ocurre en la coexistencia de diversos sistemas de protección de los derechos humanos en Europa (nacionales, TEDH, UE, OSCE)<sup>115</sup>.

Ello no obstante se han realizado algunas *propuestas de mejora del sistema judicial internacional, para intentar reducir los riesgos de la proliferación de Tribunales*, como la conversión del TIJ en Corte Suprema internacional, o que sea un Tribunal que responda a las cuestiones prejudiciales<sup>116</sup> que le planteen el resto de los Tribunales. No es previsible que estas propuestas vean la luz, por los obstáculos político-jurídicos que dicha revolución encontraría. En todo caso, es necesario que el Tribunal internacional de Justicia asuma un papel *parecido* al de una Corte Suprema del Derecho internacional, en el sentido de que sea juez supremo de facto en la interpretación de algunas reglas y caracteres generales del ordenamiento<sup>117</sup>.

113. En este sentido M. Bedjaoui, *Annuaire de l'IDI* II, vol. 65, Milano, 1993, p. 86.

114. Cf. una visión optimista, entre otros, en R. Ben Achour, «Quel rôle pour la justice internationale?», en R. Ben Achour y Laghmani (dirs.) *Justice et juridictions internationales*, Colloque des 13, 14, 15 avril 2000, Paris, 2000, p. 19; T. Treves, «Conflictos entre la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal internacional de Derecho del Mar», en Torres, Treves y Valticos, *Tres estudios sobre la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, 1999, pp. 47 ss., en especial pp. 64-65; P. M. Dupuy, «Multiplication des juridictions internationales et danger...», en *Cursos euromediterráneos*, cit., pp. 26, 271, 273; J. Charney, «International law and multiple international tribunals»: *RCADI* 271 (1998), en especial pp. 347 ss.

115. Cf. sobre estas complementariedades —y también sobre las disfunciones—, entre otros, J. Rideau, «Le rôle de l'Union Européenne en matière de protection des droits de l'homme»: *RCADI* 265 (1997), pp. 261 ss.

116. Así G. Guillaume, «La CIJ. Quelques propositions concrètes à l'occasion du cinquennaire»: *RGDIP* 2 (1996); Christakis, «Les relations entre la CIJ», cit., p. 72.

117. En este sentido F. Orrego Vicuña y C. Pinto, *The peaceful settlement of disputes: Prospects for the twenty-first century. Preliminary report prepared for the 1999 centennial of the first international peace conference*, CE.Doc CAHDI, 98; para Cahier el TIJ tiene un «cierto



Sin considerar al TIJ como un Tribunal supremo no cabe olvidar la autoridad reforzada de sus decisiones judiciales en la determinación y clarificación de las reglas del DI<sup>118</sup>. Los rasgos propios del DI, su escasa institucionalización y la autointerpretación que hace cada Estado de las reglas que le conciernen son datos estructurales que han contribuido a reforzar la autoridad *erga omnes* normativa de las decisiones judiciales del TIJ<sup>119</sup>. Esta autoridad se inscribe en la búsqueda de seguridad jurídica, de puntos de referencia e indicaciones imparciales sobre el edificio normativo en que se inscribe el TIJ, de manera similar a lo que sucede con el TJCE en relación con el derecho comunitario.

Por ello el TIJ debe ser de *facto*, por su prestigio y competencias, el órgano judicial encargado en último término de interpretar las cuestiones generales de Derecho internacional. Este Tribunal tiene la responsabilidad de ejercer su *iuris dictio* de tal modo que identifique las reglas del Derecho y desarrolle sus potencialidades, garantizando la adecuada interpretación del ordenamiento, con autoridad. Como indica Dupuy debe realizar una *armonización mínima* de la jurisprudencia a nivel universal, fundamentalmente de las normas primarias inderogables y de las normas secundarias fundamentales para mantener la unidad del ordenamiento como sistema normativo, es decir las relativas a las técnicas de formación de normas primarias, las reglas de responsabilidad internacional y de adopción de contramedidas<sup>120</sup>.

carácter de Corte Suprema del Derecho internacional público y debe adaptar las reglas existentes a las nuevas necesidades de la sociedad internacional» (P. Cahier, «Le rôle du juge dans l'élaboration du droit international», en VVAA., *Theory of international law at the threshold of the 21 century. Essays Skubiszewski*, Den Haag, 1996; P. M. Dupuy indica que la proliferación de Tribunales no es la amenaza más directa para la unidad del Derecho internacional si el TIJ asume su *función de jurisdicción judicial principal no sólo de las Naciones Unidas sino también del sistema jurídico internacional entero*. «Multiplication des juridictions internationales et dangers de fragmentation de l'ordre juridique international» (*Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional III*, 1999, p. 281).

118. J. Charney, «International law and multiple international Tribunals»: *RCADI* 271 (1998), p. 361; en el mismo sentido indica T. Treves que «parecen prematuras y escasamente realistas las ideas, que sin embargo circulan, de transformar a la Corte de la Haya en algo similar a un Tribunal de casación del derecho internacional, que sería competente para juzgar recursos sobre cuestiones de derecho internacional general consideradas en decisiones de tribunales internacionales especializados» (T. Treves, «Conflictos entre la Corte internacional de Justicia y el Tribunal internacional del Derecho del Mar», en Torres, Treves y Valticos, *Tres estudios sobre la Corte Internacional de Justicia*, cit., p. 65; en el mismo sentido T. Treves, «Recent trends in the settlement of international disputes», en *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional I*, 1997, cit., p. 435).

119. Como indica este autor el Derecho internacional es policéntrico, fragmentario, asistemático, contradictorio y con lagunas porque ninguna autoridad superior ejerce el poder de dar un orden coherente. Ahora no cabe negar que éstas son condiciones propicias para que otras entidades sustituyan (no por su poder público sino por su imparcialidad e independencia) a unas autoridades superiores que faltan. Cf. L. Condorelli, «L'autorité de la décision des juridiction internationales permanentes», en *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, Paris, 1987, p. 307.

120. En esta línea como indica Dupuy la clave de la cuestión está en que el tribunal interna-

Finalmente tampoco se debe olvidar el importante papel que podría jugar un órgano como la *Comisión de Derecho internacional*, cuyos miembros son generalistas (expertos en Derecho internacional o diplomáticos, normalmente) en la definición de los principios de relación entre los «sectores» y el «derecho internacional general», de tal manera que se evitasen los riesgos de incoherencia entre las reglas particulares y las reglas generales, razón por la cual Daudet proponía que se consulte a la CDI en el proceso de codificación de sectores como el Derecho internacional del medio ambiente<sup>121</sup>.

cional de justicia quiera garantizar su papel natural de garante de la interpretación del ordenamiento internacional y vuelva, con prudencia, a la práctica de los *obiter dicta* y de la afirmación pretoriana de la autoridad y alcance de un cierto número de reglas de Derecho internacional.

121. Cf. Y. Daudet, «A l'occasion d'un cinquantenaire. Quelques questions sur la codification du droit international»: *RGADIP* 2/102 (1998/3), pp. 609-610.